النهاية في شرح الهداية

للشيخ الإمام العلامة المحقق النبيل الفهامة
حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي
المتوفى سنة ٧١٤ هجرية رحمه الله تعالى

تطبع كاملة للمرة الأولى في العالم
محققة ومنقحة عن ثماني عشرة (١٨) نسخة خطية

قدم لها وحقق نصوصها وعلق عليها
الحافظ المولوي محمد أحمد الحقاني الأفغاني
ابن العلامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النهركاريزي
غفر الله لهما ولوالديهما وأحسن إليهما

الجزء التاسع

المحتوى:

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com

الكتاب: النهاية في شرح الهداية Title: AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA	
التصنيف: فقه حنفي - شروح Classification: Hanafit jurisprudence - Explanations	
المؤلف: العلّامة حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي (ت ٧١٤ هـ) Author: Al-Allama Housamuddin Houssein ben Ali ben Hajjaj Al-Sighnaqi (D. 714 H.)	
المحقق: الحافظ المولوي محمّد أحمد الحقاني الأفغاني Editor: Al-Hafiz Al-Mawlawi Mohammed Ahmad Al-Hakkani Al-Afghani	
الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut	
Pages: (11Parts/11Vols.) 6840	عدد الصفحات: (١١جزء/١١مجلد)
Size: 17 x 24 cm	قياس الصفحات:
Year: 2023 A.D. - 1445 H.	سنة الطباعة:
Printed in: Lebanon	بلد الطباعة: لبنــــان
Edition: 1st (2 Colors)	الطبعة: الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN: 978-2-7451-9445-9

بسم الله الرحمن الرحيم

فَصْلٌ فِي العَزْلِ وَالقِسْمَةِ

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ رَبُّ المَالِ أَوِ المُضَارِبُ بَطَلَتِ المُضَارَبَةُ)؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَمَوْتُ المُوَكِّلِ يُبْطِلُ الوَكَالَةَ، وَكَذَا مَوْتُ الوَكِيلِ وَلَا تُورَثُ الوَكَالَةُ وَقَدْ

فصلٌ في العزل والقسمة

لمَّا ذكر حكم المضاربة والربح إلى الآمر إلى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة، فذكره في هذا الفصل.

قوله: لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ ... وَمَوْتُ المُوَكِّلِ يُبْطِلُ الوَكَالَةَ، وَكَذَا مَوْتُ الوَكِيلِ، إلى آخره، فإن قلتَ: لم يجعل المضارب بمنزلة الوكيل في مسائل:

منها: أنَّ الوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلكَ في يده بعد الشراء فإنه يرجع به على الموكل، ثم لو هلك ما أخذه ثانيًا لا يرجع به مرة أخرى، وأمَّا المضارب فيرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع على ما يجيء في الكتاب.

ومنها: أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عروضًا ثم عزله رب المال عن المضاربة لا يعمل عزله وإن علم بعزله والوكيل ينعزل.

ومنها: أن رب المال إذا ارتد ولحق بدار الحرب ثمَّ عاد مسلماً فالمضارب على مضاربته، بخلاف الوكيل فإنه ليس على وكالته، وإن جاء الموكل مسلماً ثم جعل هاهنا موت رب المال بمنزلة موت الموكل، وموت المضاربة بمنزلة موت الوكيل، فما الفرق بين هذه المسائل؟

قلتُ: أمَّا المسألة الأولى فقد تجيء في الكتاب، وحاصل الفرق بينهما أن شراء الوكيل يوجب الثمن عليه للبائع وله على الموكل، فإذا رجع على الموكل بعد الشراء صار مقضيًا ما

مَرَّ مِنْ قَبْلُ. (وَإِنِ ارْتَدَّ رَبُّ المَالِ عَنِ الإِسْلَامِ) وَالعِيَاذُ بِاللهِ (وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتِ المُضَارَبَةُ)؛ لِأَنَّ اللُّحُوقَ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ وَقَبْلَ لُحُوقِهِ يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ مُضَارِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لَهُ فَصَارَ كَتَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ (وَلَوْ كَانَ المُضَارِبُ هُوَ المُرْتَدُّ فَالمُضَارَبَةُ عَلَى حَالِهَا)؛ لِأَنَّ لَهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، وَلَا تُوقَفُ فِي مِلْكِ رَبِّ المَالِ فَبَقِيَتِ المُضَارَبَةُ.

استوجبه دينًا عليه، وصار مضمونًا عليه بالقبض، فإذا هلك يهلك في ضمانه فلا يرجع ثانيًا، وأمَّا المضارب إذا رجع على رب المال فيما يقبضه يكون أمانة في يده؛ لأنه من رأس ماله، ألا ترى أن عند القسمة يرد على رب المال أولًا جميع ما استوفى منه ثم يقاسم الربح، ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال أمانة في يد المضارب، فإذا هلك ثانيًا كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد أخرى، وفي مسألتنا أيضًا لم يتفاوت حال المضارب والوكيل في أن المال أمانة في أيديهما، فكان حكمهما واحدًا لا محالة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وأمَّا المسألتان الأخريان فتجيئان بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قوله: بَطَلَتِ المُضَارَبَةُ، هذا إذا لم يعد مسلمًا، أما إذا رجع المرتد وهو رب المال مسلمًا جاز جميع ما فعل من البيع والشراء، فكان عقدهما المضاربة على ما اشترطا، بخلاف الوكالة؛ فإن الموكل إذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلمًا لم يعد الوكيل على وكالته، أمَّا إذا لم يتصل قضى القاضي بلحاقه؛ فلأن هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب عزل الوكيل ولا بطلان المضاربة، وأمَّا بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل إنما ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل، وأمَّا هاهنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو ماتَ حقيقةً، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لَهُ، أي: لأن المضارب يتصرف لأجل رب المال، فكان تصرف المضارب بمنزلة تصرف رب المال، فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفًا عند أبي حنيفة رحمه الله لارتداده، فكذا تصرف نائبه وهو المضارب.

قوله: وَلَوْ كَانَ المُضَارِبُ هُوَ المُرْتَدُّ فَالمُضَارَبَةُ عَلَى حَالِهَا، أي: في قولهم جميعًا،

قَالَ: (فَإِنْ عَزَلَ رَبُّ المَالِ المُضَارِبَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّى اشْتَرَى وَبَاعَ فَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ وَعَزْلُ الوَكِيلِ قَصْدًا يَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ (وَإِنْ عَلِمَ بِعَزْلِهِ وَالمَالُ عُرُوضٌ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلا يَمْنَعُهُ العَزْلُ مِنْ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ ثَبَتَ فِي الرِّبْحِ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ بِالقِسْمَةِ وَهِيَ تُبْتَنَى عَلَى رَأْسِ المَالِ، وَإِنَّمَا يُنَقَضُ بِالبَيْعِ.

حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رِدَّته أو ماتَ أو لحقَ بدار الحرب، فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما اشترطا؛ لأن توقف تصرفاته عند أبي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه، وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة؛ لأنه نائب فيه عن رب المال أو هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك، فلهذا نفذ تصرفه والعهدة في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حكم العهدة يتوقف بردته؛ وهذا لأنه لو لزمته العهدة لكان قضى ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله، فإذا تنحَّت العهدة عنه فإن قتل على ردته تعلق بمن انتفع بتصرفه، بمنزلة الصبي المحجور عليه إذا توكل بالشراء للغير وبالبيع، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فالعهدة عليه ويرجع بذلك على المال، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلا يَمْنَعُهُ العَزْلُ مِنْ ذَلِكَ، ففي هذه المسألة يخالف المضارب الوكيل، ثم لمَّا لم يمنعه عزل رب المال عن بيعها ملك بيعها نقدًا أو نسيئة حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئةً لا يعمل نهيه، وكذلك لا يصح نَهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة، هكذا ذكره في كتاب «الإيضاح» وقال: فليس لرب المال أن ينهاه، وإن نهاه لم يتعلق بنهيه حكم حتى ينضَّ ثمنه نحو أن يقول: لا تبع بالنسيئة؛ لأن حق التصرف ثابت له فإنه يحتاج إلى أن يبيعه ليظهر الربح، فإذا نهاه عن ذلك فقد أبطل حقه في التصرف فلم يصح، وإذا لم يملك عزله حتى ينضَّ المال لم يملك تخصيص الإذن أيضـًا؛ لأنه عزل من وجه، وأمَّا إذا نهاه عن المسافرة لم يصح نهيه على الروايات المشهورة؛ لأنه يملك المسافرة بإطلاق العقد، وعلى الرواية التي لا يملك المسافرة إلا بتعميم التفويض إليه فالمنهي صحيح.

قَالَ: (ثُمَّ لا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيْئًا آخَرَ)؛ لِأَنَّ العَزْلَ إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ ضَرُورَةَ مَعْرِفَةِ رَأْسِ المَالِ وَقَدْ انْدَفَعَتْ حَيْثُ صَارَ نَقْدًا فَيَعْمَلُ العَزْلُ (فَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ المَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ نَضَّتْ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِعْمَالِ عَزْلِهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ فِي الرِّبْحِ فَلَا ضَرُورَةَ.

قَالَ: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ المَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَنْ كَانَ دَرَاهِمَ وَرَأْسُ المَالِ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى القَلْبِ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا بِجِنْسِ رَأْسِ المَالِ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ لا يَظْهَرُ إِلَّا بِهِ وَصَارَ كَالعُرُوضِ، وَعَلَى هَذَا مَوْتُ رَبِّ المَالِ وَلُحُوقُهُ بَعْدَ الرِّدَّةِ فِي بَيْعِ العُرُوضِ وَنَحْوِهَا.

تنضيض الماء: خروجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلًا قليلًا، من حدِّ ضرب، ومنه: خذ ما نض كذا من دينك، أي: إن تيسر وحصل، وفي الحديث: «يقتسمان ما نضَّ بينهما من العين»، أي: صار ورقًا وعينًا بعد أن كان متاعًا، والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير، كذا في «المغرب».

قوله: لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا بِجِنْسِ رَأْسِ المَالِ، إنما قيَّد به؛ لأنه ليس له أن يشتري بما نقد العروض وإن لم يكن النقد من جنس رأس المال، فإنه ذكر في «الذخيرة»: وإذا كان مال المضاربة من خلاف جنس رأس المال من كل وجه بأن كان مال المضاربة عرضًا فنهي رب المال إيَّاه لا يعمل في الحال أصلًا، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة مثل رأس المال، وإن كان مال المضاربة من جنس رأس المال من حيث الثمنية إلا أنه من خلاف جنسه من حيث الحقيقة، بأن كان رأس المال دراهم ومال المضاربة دنانير أو على العكس، يعمل نهي رب المال إيَّاه عما هو شراء من كل وجه حتى لا يملك شراء العروض به ويملك صرفه بما هو من جنس رأس مال المضاربة.

قوله: وَعَلَى هَذَا مَوْتُ رَبِّ المَالِ ... فِي بَيْعِ العُرُوضِ، يعني: إذا مات رب المال

قَالَ: (وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي المَالِ دُيُونٌ وَقَدْ رَبِحَ المُضَارِبُ فِيهِ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ وَالرِّبْحُ كَالأَجْرِ لَهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رِبْحٌ لَمْ يَلْزَمْهُ الِاقْتِضَاءُ)؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ وَالمُتَبَرِّعُ لا يُجْبَرُ عَلَى إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، (وَيُقَالُ لَهُ وَكِّلْ رَبَّ المَالِ فِي الِاقْتِضَاءِ)؛ لِأَنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى العَاقِدِ، فَلا بُدَّ مِنْ تَوْكِيلِهِ وَتَوَكُّلِهِ كَيْ لا يَضِيعَ حَقُّهُ. وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُقَالُ لَهُ أَجِّلْ مَكَانَ

والمال عروض فللمضارب أن يبيع العروض حتى ينض رأس المال ونحوها، بأن كان رأس المال دراهم والمال دنانير كان له أن يبيع الدنانير بالدراهم كما في العزل.

وفي «الذخيرة»: وكل جواب عرفته في الفصول كلها إذا منع رب المال المضارب عن التصرف، فهو الجواب فيما إذا ماتَ رب المال، ففي كل موضع انعزل المضارب يمنع رب المال إيَّاه، وعزله ينعزل بموت رب المال، وفي كل موضع لا ينعزل بمنع رب المال وعزله لا ينعزل بموت رب المال، فقد سوى بين العزل القصدي والحكمي في حق المضارب، ففي كل موضع لم يصحح العزل القصدي لم يصحح العزل الحكمي؛ لأن العزل القصدي في حق المضارب إنَّما لم يصح لما فيه من إبطال حق مستحق للمضارب، وذلك لا يتفاوت بين القصدي والحكمي.

قوله: لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ وَالمُتَبَرِّعُ لا يُجْبَرُ عَلَى إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، ولا يقال: إنه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التي أخذ فينبغي أن يجبر على الاقتضاء حتى يكون بمثل ما أخذ؛ لأنا نقول: الواجب عليه رفع يده لا التسليم كالمودع، فإذا أحال به فقد أزال يده عنه فلا يلزمه أكثر منه، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

السِّمْسَارُ: اسم لمن يعمل للغير بالأجر بيعًا أو شراء، روى قيس بن أبي عروة الكناني وقال: «كنَّا نبتاع في الأسواق بالأوساق بالمدينة ونسمي أنفسنا السَّماسرة، فخرج علينا رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فسمَّانا باسم هو أحسن من اسمنا وقال: يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف، فشوبوه بالصدقة».

قَوْلِهِ وَكَّلْ، وَالمُرَادُ مِنْهُ الوَكَالَةُ وَعَلَى هَذَا سَائِرُ الوَكَالاتِ وَالبَيَّاعُ وَالسِّمْسَارُ يُجْبَرَانِ عَلَى التَّقَاضِي؛ لِأَنَّهُمَا يَعْمَلَانِ بِأَجْرٍ عَادَةً.

قَالَ: (وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ المَالِ)؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ تَابِعٌ وَصَرْفُ الهَلَاكِ إِلَى مَا هُوَ التَّبَعُ أَوْلَى كَمَا يُصْرَفُ الهَلَاكُ إِلَى العَفْوِ فِي الزَّكَاةِ.

(فَإِنْ زَادَ الهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى المُضَارِبِ)؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ (وَإِنْ كَانَا يَقْتَسِمَانِ

وإذا دفع الرجل إلى سمسار ألف درهم وقال: اشتر بها لي رطباً بأجر عشرة درهم فهذا فاسد؛ لأنه استأجره لعمل مجهول، فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات، استأجره على عمل لا يقدر على إقامته بنفسه، فإن الشراء لا يتم به ما لم يساعده البائع على البيع، وكذا إن سمَّى له عدد الثياب، أو استأجره لبيع طعام أو شرائه، ثم الحيلة في جواز هذا هو أن يستأجره يوماً إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو يشتري له فهذا جائز؛ لأن العقد يتناول منافعه هاهنا وهو معلوم ببيان المدة والأجير قادر على إيفاء المعقود عليه، ألا ترى أنه لو سلم نفسه إليه في جميع المدة استوجب الأجر وإن لم يتفق له بيع أو شراء، بخلاف الأول فإن المعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الأجر بنفس التسليم إذا لم يقم العمل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن شاء ذلك أمره بالبيع والشراء ولم يشترط له أجرًا فيكون وكيلًا معيناً له، ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الأجر، وأبو حنيفة رحمه الله لا يخالفهما، فإن التعويض في هبة الأعيان مندوب إليه عند الكل فكذلك في هبة المنافع، وقد أحسن إليه بالإعانة فإنما جزاء الإحسان الإحسان، كذا في باب السِّمسار من إجارات «المبسوط».

قوله: وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ المَالِ، إلى قوله: تَرَادًا الرِّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ المَالِ رَأْسَ المَالِ، صورة هذا ما ذكره في «المبسوط»: وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فربح ألفاً واقتسما الربح فأخذ كل واحد منهما خمسمائة لنفسه وبقي رأس المال مضاربة في يد المضارب على حاله، حتى هلك أو عمل بها فوضع فيها أو نوى بعد ما عمل بها، فإن قسمتها باطلة والخمسمائة التي أخذها رب المال تحسب

الرِّبْحَ وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ بَعْضُهُ أَوْ كُلُّهُ تَرَادَّا الرِّبْحَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ رَبُّ الْمَالِ رَأْسَ الْمَالِ)؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الرِّبْحِ لا تَصِحُّ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ رَأْسِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَيْهِ وَتَبَعٌ لَهُ، فَإِذَا هَلَكَ مَا فِي يَدِ الْمُضَارِبِ أَمَانَةً تَبَيَّنَ أَنَّ مَا اسْتَوْفَيَاهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَيَضْمَنُ الْمُضَارِبُ مَا اسْتَوْفَاهُ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ وَمَا أَخَذَهُ رَبُّ الْمَالِ مَحْسُوبٌ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ.

من رأس ماله، فيغرم له المضارب الخمسمائة التي أخذها لنفسه فيكون له من رأس ماله وما هلك فهو من الربح؛ لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «مثل المؤمن كمثل التاجر، لا يسلم ربحه حتى يسلم له رأس ماله، فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه، أو قال: فرائضه»؛ وهذا لأن رأس المال أصل والربح فرع، وما بقي من رأس المال في يد المضارب فهو أمين فيه، فإذا هلك من عمله أو من عمل غيره لا يكون مضمونًا عليه، ولكن ما هلك كأن لم يكن، فتبيَّن أن الباقي من المال كان مقدار الألف وصل إلى رب المال من ذلك خمسمائة وأخذ المضارب لنفسه خمسمائة من ذلك، وما أخذه لنفسه فهو مضمون عليه فيغرم لرب المال الخمسمائة التي أخذها حتى يصل إليه كمال رأس ماله، وقسمة الربح هنا قبل وصول رأس المال إلى رب المال بمنزلة قسم الوارث التركة مع قيام الدَّين على الميت، فلو أن الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين وقسموا ما بقي ثم هلك المعزول قبل أن يصل إلى الغرماء بطلت القسمة، وعليهم ضمان ما أخذوا لحق الغرماء؛ لما أن حق الغرماء سابق على حق الورثة في التركة، فكذلك هنا حق رب المال في رأس المال سابق على حقهما في الربح.

وذكر في «الذخيرة»: اعلم أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال موقوفة إن بقي ما أعد لرأس المال في يد المضارب، حتى قبضه رب المال كانت القسمة جائزة ويتبيَّن أن المقسوم كان ربحًا، وإن هلك ما أعد لرأس المال في يد المضارب كانت القسمة باطلة وتبيَّن أن المقسوم كان رأس المال، والحيلة لهما أن لا ينتقض ذلك القسمة أن يستوفي رب المال رأس ماله أولًا ثم يقسمان الربح، ثم يرد رب المال رأس المال على المضارب ويقول له: اعمل

(وَإِذَا اسْتَوْفَى رَأْسَ المَالِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ رِبْحٌ وَإِنْ نَقَصَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى المُضَارِبِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوِ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ وَفَسَخَا المُضَارَبَةَ ثُمَّ عَقَدَاهَا فَهَلَكَ المَالُ لَمْ يَتَرَادَّا الرِّبْحَ الأَوَّلَ)؛ لِأَنَّ المُضَارَبَةَ الأُولَى قَدِ انْتَهَتْ وَالثَّانِيَةَ عَقْدٌ جَدِيدٌ، وَهَلَاكُ المَالِ فِي الثَّانِي لَا يُوجِبُ انْتِقَاضَ الأَوَّلِ كَمَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا آخَرَ.

بها على المضاربة التي كانت، وتكون هذه مضاربة مستقبلة، لو هلك المال في يد المضارب بعد ذلك لا تنتقض القسمة الأولى.

قوله: لَا يُوجِبُ انْتِقَاضَ الأَوَّلِ، أي: لا يوجب انتقاض الاقتسام الأول، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِيمَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ فَيَنْتَظِمُهُ إِطْلَاقُ العَقْدِ إِلَّا إِذَا بَاعَ إِلَى أَجَلٍ لا يَبِيعُ التُّجَّارُ إِلَيْهِ لِأَنَّ لَهُ الأَمْرَ العَامَّ المَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً

فصل فيما يفعله المضارب

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب، زيادةً للإفادة، وتنبيهـًا على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة.

وقوله: لا يَبِيعُ التُّجَّارُ إِلَيْهِ، هو صفة للنكرة لا جواب المسألة، أي: إلى أجل طويل بحيث لا يبيع التجار إليه بأن باع إلى عشر سنين.

قوله: وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً لِلرُّكُوبِ، وهذا الحكم الذي ذكره في حق المضارب الخاص بنوع كالطعام مثلًا، وأمَّا إذا لم يخص رب المال بالتجارة في شيءٍ بعينه كان له شراء السفينة والدواب؛ لأنه ذكر في «المبسوط»:

ولو كان رب المال دفع المال إليه مضاربة بالنصف ولم يسمِّ ما يشتري به، فاشترى به طعامًا وسفينةً يحمل عليها الطعام، أو اشترى الدوابَّ جاز ذلك على المضاربة؛ لأنه يملك التجارة في المدفوع إليه مطلقـًا، وجميع ما اشترى به هو من عقود التجارة، وأمَّا إذا دفعه إليه مضاربة على أن يشتري به الطعام خاصة فله أن يستأجر لنفسه دابة إذا خرج في الطعام خاصة كما يستأجر للطعام؛ لأنه لا يجد بُدًّا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام، وله أن يشتري حمولة يحمل عليها الطعام فإن ذلك من صنيع التجار، فإن اشترى سفينة يحمل عليها الطعام

لِلرُّكُوبِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَكْرِيَهَا اعْتِبَارًا لِعَادَةِ التُّجَّارِ، وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِ الْمُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ. وَلَوْ بَاعَ بِالنَّقْدِ ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ جَازَ بِالإِجْمَاعِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ ذَلِكَ فَالْمُضَارِبُ أَوْلَى، إِلَّا أَنَّ الْمُضَارِبَ لا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَايِلَ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيئَةً، وَلا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ؛ لِأَنَّهُ

فإن ذلك لا يجوز على رب المال؛ لأن شراء السفينة لا يعد من توابع التجارة في الطعام.

وقوله: فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ، قيِّد بها احترازًا عمَّا روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه لا يملك الإذن في التجارة؛ لأنه بمنزلة الدفع مضاربة، وقد ذكرنا الفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكـًا في الربح وقد ذكرناه في أوائل المضاربة.

قوله: فَالْمُضَارِبُ أَوْلَى؛ لأن ولاية المضارب أعم؛ لأنه شريك في الربح، أو بفرضيَّة أن يصير شريكـًا.

قوله: إِلَّا أَنَّ الْمُضَارِبَ لا يَضْمَنُ، فيه إشارة إلى أن الوكيل يضمن، وفي «المبسوط»: وإذا باع المضارب متاع المضاربة وسلمه إلى المشتري ثم أَخَّر الثمن من المشتري بعيب أو بغير عيب فهو جائز على المضاربة، ولا يضمن المضارب بهذا التأخير شيئـًا.

قوله: بِخِلَافِ الْوَكِيلِ، فهناك عند أبي يوسف رحمه الله لا يصح تأجيله في الثمن، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز ويصير ضامنًا للموكل؛ لأن المضارب يملك أن يشتري ما باع بمثل ذلك الثمن ثم يبيعه بمثله مؤجلًا، فكذلك يملك أن يؤجله في ذلك الثمن؛ لأن ذلك من صنيع التجار وهو يملك ما هو من صنيع التجار، وأمَّا الوكيل في حق الموكل لا يملك الشراء والبيع ثانيًا بثمن مؤجل، فكذا تأجيله في حق الموكل لا يصح.

قوله: لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَايِلَ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيئَةً، - فلمَّا ملك المضارب الإقالة والبيع بالنسئية جعلنا تأجيله الثمن بمنزلة الإقالة والبيع بالنسيئة فلذلك ملك تأجيل الثمن - وَلا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ - فإن الوكيل يضمن إذا أَخَّر الثمن؛ - لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ ذَلِكَ، أي: لأن الوكيل لا يملك الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها، أي: بعد ما باع مرَّةً فلم يمكن أن يجعل تأجيله الثمن بمنزلة

لا يَمْلِكُ ذَلِكَ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِقَالَةَ ثُمَّ البَيْعَ بِالنَّسَاءِ. بِخِلَافِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الإِقَالَةَ.

(وَلَوِ احْتَالَ بِالثَّمَنِ عَلَى الأَيْسَرِ أَوِ الأَعْسَرِ جَازَ)؛ لِأَنَّ الحَوَالَةَ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ، بِخِلَافِ الوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَالِ اليَتِيمِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ فِيهِ الأَنْظَرُ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ، وَالأَصْلُ أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ ثَلاثَةُ أَنْوَاعٍ: نَوْعٌ يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ المُضَارَبَةِ وَهُوَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ المُضَارَبَةِ وَتَوَابِعِهَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ جُمْلَتِهِ التَّوْكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَالرَّهْنُ وَالِارْتِهَانُ؛ لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ وَالإِجَارَةُ وَالِاسْتِئْجَارُ وَالإِيدَاعُ وَالإِبْضَاعُ وَالمُسَافَرَةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

وَنَوْعٌ لا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ العَقْدِ وَيَمْلِكُهُ إِذَا قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك، وَهُوَ مَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ فَيَلْحَقَ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ دَفْعِ المَالِ مُضَارَبَةً أَوْ شَرِكَةً إِلَى غَيْرِهِ وَخَلْطِ مَالِ المُضَارَبَةِ بِمَالِهِ أَوْ بِمَالِ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ رَبَّ المَالِ رَضِيَ بِشَرِكَتِهِ لا

الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها، فلذلك يضمن الوكيل بتأجيل الثمن عندهما، وأمَّا عندأبي يوسف رحمه الله فلا يملك الوكيل تأخير الثمن وتأجيله، فلا يرد فيه الضمان وعدم الضمان على قوله رحمه الله.

قوله: وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِقَالَةَ، أي: فلأن المضارب.

قوله: وَلَوِ احْتَالَ، أي: لو قبل المضارب الحوالة على رجل أعسر من المشتري جاز؛ لأنه لو أقال العقد مع الأول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز، فكذلك إذا قبل الحوالة والثمن عليه وبه فارق الوكيل، كذا في «المبسوط»، وهو ما ذكرنا إشارة إلى قوله: وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ، إلى قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ.

بِشَرِكَةِ غَيْرِهِ، وَهُوَ أَمْرٌ عَارِضٌ لا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ التِّجَارَةُ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ الْعَقْدِ وَلَكِنَّهُ جِهَةٌ فِي التَّثْمِيرِ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ يُوَافِقُهُ فَيَدْخُلُ فِيهِ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ وَقَوْلُهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك دَلَالَةٌ عَلَى ذَلِكَ. وَنَوْعٌ لا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ العَقْدِ وَلا بِقَوْلِهِ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ إِلَّا أَنْ يَنُصَّ عَلَيْهِ رَبُّ المَالِ وَهُوَ الِاسْتِدَانَةُ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بَعْدَمَا اشْتَرَى بِرَأْسِ المَالِ السِّلْعَةَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ المَالُ زَائِدًا عَلَى مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ المُضَارَبَةُ وَلا يَرْضَى بِهِ وَلا يَشْغَلُ ذِمَّتَهُ بِالدَّيْنِ، وَلَوْ أَذِنَ لَهُ

قوله: وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ، الضمير للاستدانة، إلا أنه ذكَّر المبتدأ ليُذكِّر الخبر وهو **قوله:** أَنْ يَشْتَرِيَ.

وقوله: وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، أي: من أنواع الاستدانة هذا الذي ذكره وما أشبهه، وممَّا أشبه هذا ما ذكره في «الإيضاح» بقوله:

وإن اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة وهو الألف مثلًا، كانت حصة الألف للمضاربة، وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه؛ لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة، وممَّا أشبهه أيضًا أن رأس المال لو كان له ألف درهم فليس له أن يشتري بالمكيل والموزون والمعدود؛ لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة، أمَّا لو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانًا؛ لأنَّهما كالجنس الواحد في الثمنية، فصار كما لو كان ذلك الجنس في يده.

قوله: لِأَنَّهُ يَصِيرُ المَالُ زَائِدًا عَلَى مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ المُضَارَبَةُ وَلا يَرْضَى بِهِ وَلا يَشْغَلُ ذِمَّتَهُ بِالدَّيْنِ، يعني: أن رب المال لا يرضى بزيادة مال المضاربة، وإن كان فيها نفع لمقابلة ضرر يفوقها وهو شغل الذمة بالدين.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: إنما لا يملك الاستدانة على المضاربة؛ لأن الاستدانة عليها تصرف في غير رأس مال المضاربة، والتوكيل مقيد برأس المال، وعند التنصيص عليها

رَبُّ المَالِ بِالِاسْتِدَانَةِ صَارَ المُشْتَرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ بِمَنْزِلَةِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ وَأَخْذَ السَّفَاتِجَ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الِاسْتِدَانَةِ، وَكَذَا إِعْطَاؤُهَا؛ لِأَنَّهُ إِقْرَاضٌ وَالعِتْقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِ مَالٍ وَالكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَالإِقْرَاضُ وَالهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ.

قَالَ: (وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُزَوِّجُ الأَمَةَ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الِاكْتِسَابِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِهِ المَهْرَ وَسُقُوطَ النَّفَقَةِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَالعَقْدُ لَا يَتَضَمَّنُ إِلَّا التَّوْكِيلَ بِالتِّجَارَةِ وَصَارَ كَالكِتَابَةِ وَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ فَإِنَّهُ اكْتِسَابٌ، وَلَكِنْ لَمَّا لَمْ يَكُنْ تِجَارَةً لَا يَدْخُلُ تَحْتَ المُضَارَبَةِ فَكَذَا هَذَا.

قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ إِلَى رَبِّ المَالِ بِضَاعَةً فَاشْتَرَى رَبُّ المَالِ وَبَاعَ فَهُوَ عَلَى المُضَارَبَةِ) وَقَالَ زُفَرُ: تَفْسُدُ المُضَارَبَةُ؛ لِأَنَّ رَبَّ المَالِ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالٍ

يصير التصرف بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة، لأنه ليس لواحد منهما رأس المال.

وقد مرَّ تفسير السَّفَاتِج في آخر الحوالة.

قوله: فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ إِلَى رَبِّ المَالِ بِضَاعَةً فَاشْتَرَى رَبُّ المَالِ وَبَاعَ فَهُوَ عَلَى المُضَارَبَةِ، وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة، وفي تقييده بدفع بعض مال المضاربة يتوهم في أن الحكم في دفع كله بخلاف ذلك، وليس كذلك فإن الحكم وهو بقاء المضاربة على حالها لا يتفاوت بين أن يكون المدفوع كل مال المضاربة أو بعضها، وبه صرح في «الذخيرة».

وذكر أيضًا في «المبسوط»: وإذا دفع إلى رجل مالًا مضاربةً بالنصف فردَّه المضارب على رب المال وأمره أن يشتري له ويبيع على المضاربة، ففعل رب المال ذلك فربح ولم يل المضارب شيئًا من العمل فهذه مضاربة جائزة؛ لأن رب المال معين للمضارب في إقامة العمل والمال في يده على سبيل البضاعة، ثمَّ إنما قيد بدفع المضارب مال المضاربة إلى رب

نَفْسِهِ فَلَا يَصْلُحُ وَكِيلًا فِيهِ فَيَصِيرُ مُسْتَرَدًّا وَلِهَذَا لَا تَصِحُّ إذَا شَرَطَ الْعَمَلَ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً. وَلَنَا أَنَّ التَّخْلِيَةَ فِيهِ قَدْ تَمَّتْ وَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا لِلْمُضَارِبِ فَيَصْلُحُ رَبُّ الْمَالِ وَكِيلًا عَنْهُ فِي التَّصَرُّفِ وَالإِبْضَاعُ تَوْكِيلٌ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ اسْتِرْدَادًا، بِخِلَافِ شَرْطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّخْلِيَةَ، وَبِخِلَافِ مَا إذَا دَفَعَ الْمَالَ إلَى رَبِّ الْمَالِ مُضَارَبَةً حَيْثُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَنْعَقِدُ شَرِكَةً عَلَى مَالِ رَبِّ الْمَالِ وَعَمَلِ الْمُضَارِبِ وَلَا مَالَ هَاهُنَا، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ يُؤَدِّي إلَى قَلْبِ الْمَوْضُوعِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ

المال؛ لأن رب المال إذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى به، إن كان رأس المال ناضًا دراهم أو دنانير فهو نقض للمضاربة، وإن صار رأس المال عرضًا لا يكون نقضًا للمضاربة؛ وذلك لأنه لا يمكن أن يجعل رب المال معينًا للمضارب؛ لأن الاستعانة لم توجد من المضارب فيجعل عاملًا لنفسه، ومن ضرورة كونه عاملًا لنفسه انتقاض المضاربة، ثم هذا النقض اقتضاء لا يربو على النقض صريحًا، ولو نقض رب المال المضاربة صريحًا وكان رأس المال عرضًا لا يعمل نقضه الحال، ولو كان ناضًا يعمل كذا هاهنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالإِبْضَاعُ تَوْكِيلٌ مِنْهُ، فإن قيل: تفسير الإبضاع أن يكون ربح المال للمبضع والعمل من الآخر، وهاهنا ليس للمبضع مال فلم يصر بضاعة لعدم ركنه.

قلنا: لا نسلم أن تفسيره ذلك، بل تفسير الإبضاع هو الاستعانة ورب المال يصلح معينًا له؛ لأنه أشفق الناس إليه تصرفًا فلمّا صح استعانة المضارب بالأجنبي أَوْلَى أن يصح استعانته برب المال.

فإن قيل: الأجنبي يصلح معينًا للمضارب؛ لأنه عامل في مال غيره بأمره، ورب المال يعمل فيما هو مال له فلا يصلح له معينًا، ألا ترى أن من استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا واستعان الأجير بالمستأجر في الخياطة فعمل المستأجر وهو الخياطة لا تتحول إلى الأجير حتى لا يقضى له بالأجر، فعلى هذا التقدير ينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب.

بَقِيَ عَمَلُ رَبِّ المَالِ بِأَمْرِ المُضَارِبِ فَلَا تَبْطُلُ بِهِ المُضَارَبَةُ الأُولَى.

قَالَ: (وَإِذَا عَمِلَ المُضَارِبُ فِي المِصْرِ فَلَيْسَتْ نَفَقَتُهُ فِي المَالِ، وَإِنْ سَافَرَ فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ وَكِسْوَتُهُ وَرُكُوبُهُ) وَمَعْنَاهُ شِرَاءٌ وَكِرَاءٌ فِي المَالِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ النَّفَقَةَ

قلنا: في المضاربة معنى الإجارة والشركة جميعًا، ومعنى الشركة فيها راجح حتى جازت من غير توقيت فكان العبرة للشركة دون الإجارة، وفي الشركة يجوز أن يستوجب أحد الشريكين بعض الربح بعمل صاحبه وإن لم يعمل بنفسه؛ ولأن المضارب الذي يستوجبه لا يستوجبه عوضًا عن المنفعة، بدليل أنه إذا عمل ولم يربح شيئًا لا يقضى له بشيء، وإنما يستوجب ما يستوجب باعتبار أنه فرع عمله، وإذا كان الاستئجار بهذا الطريق صلح رب المال معينًا للمضارب لثبوت عمله تقديرًا.

قوله: فَلَا تَبْطُلُ بِهِ المُضَارَبَةُ الأُولَى؛ لأنه لمَّا لم تصح المضاربة الثانية لما ذكر فقد حصل مال المضاربة في يد رب المال بعد صحة المضاربة وبه لا تبطل المضاربة، كما أن حصول الرهن في يد الرَّاهن بالعارية لا يبطل الرهن، حتى كان للمرتَهن أن يعيده إلى نفسه، فكذا هنا، كذا في «شرح الجامع الصغير» للبرهاني، والمرغيناني، والمحبوبي رحمهم الله تعالى.

قوله: وَإِنْ سَافَرَ فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ، إلى أن قال: فِي المَالِ، أي: في مال المضاربة، والقياس أن لا نفقة للمضارب في مال المضاربة ولا على رب المال؛ لأن المضارب بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره، أو بمنزلة الأجير لمَّا شرط لنفسه من بعض الربح وواحد من هولاء لا يستحق النفقة في المال الذي يعمل به، إلا أنا تركنا هذا القياس فيما إذا سافر بالمال لأجل العرف ولما ذكر في الكتاب، بخلاف الوكيل والمستبضع فإنه متبرع في عمله لغيره، وبخلاف الأجير؛ لأنه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر، وذلك يصلح له بيقين، فأمَّا هذا فغير متبرع ولاهو مستوجب بدلًا، بل حقه في ربح عسى يحصل وعسى لا يحصل، فلا بدَّ من أن يجعل له بإزاء ما تحمل من المشقة شيئًا معلومًا، وذلك نفقته من المال وهو بمنزلة الشريك، والشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال مرويٌّ عن محمد رحمه الله فالمضارب كذلك، كذا في «المبسوط».

تَجِبُ بِإِزَاءِ الِاحْتِبَاسِ كَنَفَقَةِ القَاضِي وَنَفَقَةِ المَرْأَةِ، وَالمُضَارِبُ فِي المِصْرِ سَاكِنٌ بِالسُّكْنَى الأَصْلِيِّ، وَإِذَا سَافَرَ صَارَ مَحْبُوسًا بِالمُضَارَبَةِ فَيَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِيهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ البَدَلَ لا مَحَالَةَ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ، أَمَّا المُضَارِبُ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الرِّبْحُ وَهُوَ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، فَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، وَبِخِلَافِ المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ؛ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ، وَبِخِلَافِ البِضَاعَةِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قَالَ: (فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فِي يَدِهِ بَعْدَمَا قَدِمَ مِصْرَهُ رَدَّهُ فِي المُضَارَبَةِ) لِانْتِهَاءِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ كَانَ خُرُوجُهُ دُونَ السَّفَرِ فَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ يَغْدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ السُّوقِيِّ فِي المِصْرِ، وَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ لا يَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَنَفَقَتُهُ فِي مَالِ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّ خُرُوجَهُ لِلْمُضَارَبَةِ، وَالنَّفَقَةُ هِيَ مَا يُصْرَفُ إِلَى الحَاجَةِ الرَّاتِبَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ ذَلِكَ غَسْلُ ثِيَابِهِ وَأُجْرَةُ أَجِيرٍ يَخْدُمُهُ وَعَلَفُ دَابَّةٍ يَرْكَبُهَا وَالدُّهْنُ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ

قوله: سَاكِنٌ بِالسُّكْنَى الأَصْلِيِّ، فلا يكون مجوسًا بمال المضاربة فلذلك لا تجب نفقته في مال المضاربة؛ لأنه أجير فلا يستحق النفقة، وإن سافر لانتهاء الاستحقاق فكان عليه رد ما بقي، كالحاج عن الغير إذا بقي معه شيء من النفقة بعد رجوعه، وكالمولى إذا بوّأ أمته مع زوجها بيتًا ثم نقلها لخدمته، وقد بقي معها شيء من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمِنْ ذَلِكَ غَسْلُ ثِيَابِهِ، وفي «الفوائد الظهيريّة»: وما يحتاج إليه في غسل الثياب وأجرة الحمام والحلاق في مال المضاربة وكان ينبغي أن لا يجب في مال المضاربة؛ لأن هذا ممَّا لا يحتاج إليه في عموم الأوقات، والنفقة ما لا بدَّ للإنسان منه في عموم الأوقات فيجبُ أن لا يكون واجبًا كأجرة الحمام والفصّاد، إلا أنا نقول: أوجبناه في مال المضاربة؛ لأنه من صنيع التجار، فإنَّهم يحلقون رؤوسهم ويقصون شواربهم ويغسلون ثيابهم لتزداد

إِلَيْهِ عَادَةً كَالحِجَازِ، وَإِنَّمَا يُطْلَقُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ بِالمَعْرُوفِ حَتَّى يَضْمَنَ الفَضْلَ إِنْ جَاوَزَهُ اعْتِبَارًا لِلْمُتَعَارَفِ بَيْنَ التُّجَّارِ.

قَالَ: (وَأَمَّا الدَّوَاءُ فَفِي مَالِهِ) فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي النَّفَقَةِ لِأَنَّهُ لِإِصْلَاحِ بَدَنِهِ وَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ التِّجَارَةِ إِلَّا بِهِ فَصَارَ كَالنَّفَقَةِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ مَعْلُومَةُ الوُقُوعِ وَإِلَى الدَّوَاءِ بِعَارِضِ المَرَضِ، وَلِهَذَا كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَدَوَاؤُهَا فِي مَالِهَا.

قَالَ: (وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ المَالِ مَا أَنْفَقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ،

رغبات الناس في متابعتهم ومعاملتهم؛ فإن الإنسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب كان في عداد المفاليس والصَّعاليك، فيقل معاملوه فصار أجر الحمام والحلاق من جملة النفقة، وكذلك الحرض والصابون.

قوله: وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ المَالِ مَا أَنْفَقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، يريد بهذا أنه يأخذ رب المال جميع رأس المال وما بقي يكون بينهما على ما اشترطا، فتكون النفقة مصروفة إلى الربح ولا تكون مصروفة إلى رأس المال؛ لأن ما أنفقه يجعل كالتَّاوي، وقد بينا أن العقد يبقى في الكل بغير هلاك بعض رأس المال فيحصل جميع رأس المال، وما بقي فهو بينهما على الشرط، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لصدر الإسلام رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: ويبدأ برأس المال ثم يثني بالنفقة ثم يثلث بالربح، وإنما بدأ برأس المال مع أن في المال دينًا وسبيل الدين أن يقدم، ألا ترى أنه لو كان في المضاربه دين آخر يقدم على رأس المال؛ لأن النفقة بدل عمل المضارب وبدل عمله من الربح، وكما يبدأ برأس المال فكذا يبدأ به قبل النفقة، وإن هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال بشيء؛ لأن النفقة بدل عمله وبدل عمله في المال، وإن كان أنفق من مال المضاربة قبل أن يشتري بها شيئًا يستوفي رب المال رأس المال، وذلك ألف أولًا، وكان ينبغي أن يستوفي خمسمائة؛ لأن أكل المضارب بأمر رب الدين كأكل رب المال بنفسه، والجواب أن محل النفقة الربح إلا أنه

فَإِنْ بَاعَ الْمَتَاعَ مُرَابَحَةً حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى الْمَتَاعِ مِنَ الحِمْلَانِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يَحْتَسِبُ مَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ)؛ لِأَنَّ العُرْفَ جَارٍ بِإِلْحَاقِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَلِأَنَّ الأَوَّلَ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي المَالِيَّةِ بِزِيَادَةِ القِيمَةِ وَالثَّانِيَ لَا يُوجِبُهَا.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا ثِيَابًا فَقَصَّرَهَا أَوْ حَمَلَهَا بِمِائَةٍ مِنْ عِنْدِهِ وَقَدْ قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِدَانَةٌ عَلَى رَبِّ المَالِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ هَذَا المَقَالُ عَلَى مَا مَرَّ (وَإِنْ صَبَغَهَا أَحْمَرَ فَهُوَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ وَلَا يَضْمَنُ)؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ حَتَّى إِذَا بِيعَ كَانَ لَهُ حِصَّةُ الصَّبْغِ وَحِصَّةُ الثَّوْبِ الأَبْيَضِ عَلَى المُضَارَبَةِ

كان للمضارب أن ينفق من رأس المال قبل ظهور الربح، ليصير ما أنفق من رأس المال دينًا للمضاربة متى ظهر الربح، فإذا ظهر الربح وجبَ استيفاء ذلك من الربح.

قوله: فَإِنْ بَاعَ الْمَتَاعَ مُرَابَحَةً - يعني: بعد ما أنفق - حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى الْمَتَاعِ مِنَ الحِمْلَانِ وَنَحْوِهِ، - كأجرة السمسار والقصار والصباغ - وَلَا يَحْتَسِبُ مَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ، بيان هذا فيما ذكره صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير» وقال: يريد بهذا أنَّ ما أنفق على المتاع يضم إلى رأس المال ويبيع مرابحة على الكل، حتى لو اشتراه بألف درهم واستأجر دوابًّا ليحمله إلى مصر بمائة درهم فإنه يبيعه مرابحة على ألف ومائة، ولكن لا يقول: اشتريتُه بألف ومائة، ولكن يقول: قام عليَّ بكذا.

والجملة في ذلك أنَّ ما يوجب زيادةً في رأس المال حقيقةً أو حكماً يضمه إلى رأس المال، بأن اشترى ثيابًا وصبغها من مال المضاربة أو حملها ونقلها من بلدة إلى بلدة من مال المضاربة يضمه إلى رأس المال؛ لأن هذا يوجب زيادة في القيمة من حيث الحقيقة أو من حيث الحكم فيكون في معنى الثمن، فله أن يضمه إلى رأس المال، وكذلك ما اعتاد التجار ضمه إلى رأس المال كأجرة السمسار يضمه إلى رأس المال.

قوله: وَإِنْ صَبَغَهَا أَحْمَرَ فَهُوَ شَرِيكٌ، خصَّ الحمرة؛ لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله، فأمَّا سائر الألوان فمثل الحمرة، كذا ذكره فخر الإسلام في «الجامع الصغير».

بِخِلَافِ القِصَارَةِ وَالحَمْلِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، وَلِهَذَا إِذَا فَعَلَهُ الغَاصِبُ ضَاعَ وَلَا يَضِيعُ إِذَا صَبَغَ المَغْصُوبَ، وَإِذَا صَارَ شَرِيكًا بِالصَّبْغِ انْتَظَمَهُ قَوْلُهُ اعْمَلْ

قوله: بِخِلَافِ القَصَارَةِ؛ بفتح القاف؛ لأن القِصارة بكسر القاف حرفة القصّارة، وبالفتح فَعلة مصدر من قصر الثوب، يعني: بِخِلَافِ القَصَارَةِ وَالحَمْلِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ؛ لأنه يزيل الدرن ولا يزيد فيه شيئاً ويبقى الثوب أبيضًا على ما كان أصله، فلمّا كان كذلك لا يصير شريكاً؛ لأن شركة الأملاك إنما تكون بالمال، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاعَ ولا يضيع إذا صبغ المغصوب، يعني: إذا قصر الغاصب ثوب إنسان بغير أمره فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانًا بغير عوض، وأمّا إذا كان الغاصب صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجانًا، بل يتخير رب الثوب إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه، وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه، فلمّا كان كذلك ينبغي أن لا يكون المضارب أشقى حالًا من الغاصب في حق الصبغ، حتى لا يهدر صبغه كما هدر قصارته.

ثم هاهنا لم يضمن المضارب بصبغه أحمر وإن لم يكن مأذوناً فيه، والغاصب يضمنه على الوجه الذي ذكرنا، وإنّما لم يضمن المضارب بصبغه الثوب أحمر هاهنا مع أنه لم تكن له ولاية الصبغ؛ لأن لصبغه أحمر جهتين مختلفتين:

إحداهما: تقتضي جواز فعل الصبغ له، والأخرى تقتضي عدم جواز فعل الصبغ له، أمّا جهة الجواز فهي أن في صبغه أحمر خلطاً لمال المضاربة بمال نفسه؛ لأن قيمة الثوب ازدادت بصبغه أحمر والصبغ عين مال المضارب القائم في الثوب الذي هو مال المضاربة فكان خلطاً، ولهذا كان للمضارب ولاية الخلط؛ لأن الكلام في المضارب الذي قال له رب المال: اعمل برأيك، وله فيه ولاية الخلط، ولمّا اختلط ماله بمال المضاربة صار هو شريكاً لرب المال، وأمّا جهة عدم الجواز فإن في صبغه أحمر معنى الاستدانة على مال المضاربة؛ لأن بهذا الصبغ تزداد قيمة الثوب، وما أنفق في الصبغ يكون دينًا على رب المال إذا لم يكن فعله تعديًا، ثم هو لا يتملك الاستدانة على رب المال إلا بالتنصيص عليها ولا يملكها

بِرَأْيِكَ انْتِظَامَهُ الْخُلْطَةَ فَلَا يَضْمَنُهُ.

بمجرد قوله: اعمل برأيك، فلمَّا دار فعله في صبغ الحمرة بين كونه مأذونًا وبين كونه غير مأذون على الوجه الذي ذكرنا، ارتقى فعله عن فعل الغاصب حتى صار شريكـًا ولم يكن ضامنًا، بخلاف الغاصب فإنه لا يصير شريكـًا في العين بهذا الفعل، بل يصير ضامنًا وإن حط درجته عن درجة مضارب مأذون فيه من كل وجه، حتى لم يقع فعله ذلك مضاربة، بل إذا صبغ الثوب فبما يخص قيمة الصبغ من الثمن يكون للمضارب، وما يخص قيمة الثوب الأبيض كان على المضاربة، وهو نظير ما لو هبت الريح وألقته في صبغ الغير فإن صاحب الصبغ يكون شريكـًا حتى يباع الثوب، فيقسم الثمن بينهما على قيمة الصبغ وقيمة الثوب، بخلاف القصارة والحمل فإنه لمَّا لم يبق عين للمضارب في الثوب لم تقع به الشركة له.

وبهذا التقدير خرج الجواب عن شبهة قالوها وهي: أنه لمَّا لم ينفذ صبغة الثياب على رب المال لكونه استدانة ينبغي أن يضمن، كما في الغاصب لوجود الخلط على وجه لا يمكنه التميز، وخرج الجواب عن شبهة أيضـًا وهي أن فعله هذا إمَّا أن يقع مأذونـًا أو غير مأذون، فإن وقع مأذونًا ينبغي أن يقع على المضاربة، وإن وقع غير مأذون ينبغي أن يضمن المضارب كالغاصب، هذه فوائد مجموعة من شروح «الجامع الصغير» للإمام شمس الأئمَّة وفخر الإسلام والمحبوبي رحمهم الله تعالى.

وقوله: انْتِظَامَهُ الْخُلْطَةَ، تناول **قوله: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ**، للصبغ الأحمر كما تناول ذلك القول لخلط مال المضاربة بمال نفسه أو بمال الغير، فلا يضمنه حتى لو لم يقل: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ، يصير غاصبًا فيضمن، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ آخَرُ

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا بَزًّا فَبَاعَهُ بِالفَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَى بِالأَلْفَيْنِ عَبْدًا فَلَمْ يَنْقُدْهُمَا حَتَّى ضَاعَا يَغْرَمُ رَبُّ المَالِ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَالمُضَارِبُ خَمْسَمِائَةٍ وَيَكُونُ رُبْعُ العَبْدِ لِلْمُضَارِبِ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ عَلَى المُضَارَبَةِ) قَالَ: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ حَاصِلُ الجَوَابِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ عَلَى المُضَارِبِ إِذْ هُوَ العَاقِدُ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَى رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ عَلَى مَا نُبَيِّنُ فَيَكُونُ عَلَيْهِ فِي الأُجْرَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا نَضَّ المَالُ ظَهَرَ الرِّبْحُ وَلَهُ مِنْهُ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ، فَإِذَا اشْتَرَى بِالأَلْفَيْنِ عَبْدًا صَارَ مُشْتَرِيًا رُبْعَهُ لِنَفْسِهِ وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِلْمُضَارَبَةِ عَلَى حَسَبِ انْقِسَامِ الأَلْفَيْنِ، وَإِذَا ضَاعَتْ الأَلْفَانِ وَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ عَلَى رَبِّ المَالِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِيهِ وَيَخْرُجُ نَصِيبُ المُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِنَ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ وَمَالُ المُضَارَبَةِ أَمَانَةٌ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ وَيَبْقَى ثَلَاثَةُ

فصلٌ آخر

مسائل هذه الفصل مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة، فلمَّا لم تكن هذه المسائل من أنفس مسائل المضاربة التي لا بدَّ للمضاربة منها أخَّر ذكرها.

قوله: وَيَخْرُجُ نَصِيبُ المُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِنَ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ وَمَالُ المُضَارَبَةِ أَمَانَةٌ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ، اعلم أن الرجل إذا دفع إلى إنسان مالًا مضاربةً فهلك قبل

أَرْبَاعِ العَبْدِ عَلَى المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يُنَافِي المُضَارَبَةَ (وَيَكُونُ رَأْسُ المَالِ

التصرف فيه بطلت المضاربة؛ لأن العقد انعقد على المال المعيَّن في العقد، فإذا هلك محل العقد بطل، والقول قول المضارب في هلاكها إن لم يعلم ذلك مع يمينه؛ لأنه بمنزلة المودع، ولو استهلك المضارب رأس المال وأنفقه أو أعطاه رجلًا فاستهلكه لم يكن له أن يشتري عليه شيئًا؛ لأنه صار مضمونًا عليه بالتعدي، ومن حكم المضارب أن يكون أمينًا فإن أخذه من الذي استهلك كان له أن يشتري على المضاربة، رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله؛ لأنه أخذ العوض فصار بمنزلة الثمن، وروى محمد رحمه الله أن المضارب إذا أقرضه فإن رجعت إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة؛ لأنه زال التعدي، وإن أخذ مثلها لم يرجع؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان، كذا في «الذخيرة».

وإذا كان كذلك خرج نصيب المضارب وهو الربع عن المضاربة لكونه مضمونًا عليه، والمضارب في شراء ربع العبد عامل لنفسه باعتبار حصته من الربح، فلا يرجع بما لحقه من العهدة في ذلك الربح على رب المال، وأمَّا كون ثلاثة الأرباع مضمونة على رب المال فغير مانع للمضاربة؛ لأن رب المال موكل، وقرار الضمان إنما يكون على الموكل فلذلك تبقى ثلاثة الأرباع على المضاربة، وكان المضارب في شراء ثلاثة أرباعه كان عاملًا لرب المال فيرجع عليه بالعهدة في ذلك القدر، فإذا دفع الألفين إلى البائع وقبض العبد وباعه بأربعة آلاف فالحكم كما ذكر في الكتاب، كذا في «المبسوط».

وقوله: ذَلِكَ، في قوله: وَيَظْهَرُ ذَلِكَ،[1] راجع إلى مجموع ما ذكر قبله، وهو خروج نصيب المضارب الذي هو ربع الألفين من المضاربة، وكونه ثلاثة أرباع الألفين كرأس المال، وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا إنما يظهر فيما إذا بيع العبدُ بأربعة آلاف، فحصة المضاربة ثلاثة آلاف ولكن رأس المال منها ألفان وخمسمائة، والخمسمائة الثانية ربح مشترك بينهما نصفين على ما شرطا، وهو قوله: وَيَبْقَى خَمْسُمِائَةٍ رِبْحٌ بَيْنَهُمَا، أي: الخمسمائة من ثلاثة آلاف التي هي المضاربة، ولم يذكر نصيب المضارب الذي كان هو

(١) سقط النص في بعض النُّسخ من: قوله: (وقوله: ذَلِكَ، في قوله: وَيَظْهَرُ ذَلِكَ، إلخ)، إلى قوله: (قوله: إِلَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ العَدَمِ، أي: شبهة عدم إلخ)، وهو موجود في باقي النُّسخ، ومنها أثبتناه.

أَلْفَيْنِ وَخَمْسَمِائَةٍ)؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ مَرَّةً أَلْفًا وَمَرَّةً أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ (وَلا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً إِلَّا عَلَى أَلْفَيْنِ)؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ، وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا بِيعَ العَبْدُ بِأَرْبَعَةِ آلافٍ فَحِصَّةُ المُضَارَبَةِ ثَلَاثَةُ آلافٍ يَرْفَعُ رَأْسَ المَالِ وَيَبْقَى خَمْسُمِائَةٍ رِبْحٌ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى رَبُّ المَالِ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ وَبَاعَهُ إِيَّاهُ بِأَلْفٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَى خَمْسِمِائَةٍ)؛ لِأَنَّ هَذَا البَيْعَ مَقْضِيٌّ بِجَوَازِهِ لِتَغَايُرِ المَقَاصِدِ دَفْعًا

الألف من أربعة آلاف؛ لأن ذلك خارج عن المضاربة وخاصٌّ للمضارب من غير شركة أحد، وأصل هذه المسألة راجع إلى معرفة أن ضمان رب المال البائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع للمضاربة، فيكون ما ضمنه للمضاربة، ثم ما ربح مال المضارب منه كان ربحًا مشتركًا بينهما على ما شرطا، وضمان المضارب للبائع بسبب هلاك مال المضاربة مانع لا يكون ذلك المضمون للمضاربة.

وتحقيق هذا الوجه فيما ذكره فخر الإسلام رحمه الله في «شرح الجامع الصغير» فقال: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بِها بزرًا فهو مضاربة، فإذا باعه بألفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة، فإذا اشترى جارية بالألفين وقع ربعها للمضارب؛ لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لربِّ المال، فإذا هلك الثمنُ كان غرمُ الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال، وإذا غرم المضاربُ ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة، وإذا ملكها - أي: ربعها - أخرج ذلك من المضاربة؛ لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيًا لهذا، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم؛ لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربة لنفسه وهو لا يصح، ثمَّ لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف، بقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة؛ لأن ضمان رب المال يلايم المضاربة ولا يضع ما يضمن بل ثلثي رأس المال، وإذا كان كذلك كان رأس مال ربّ المال في ذلك ألفين وخمسمائة، والخمسمائة ربح بينهما نصفين.

لِلْحَاجَةِ وَإِنْ كَانَ بيعَ مِلْكُهُ بِمِلْكِهِ إِلَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ العَدَمِ، وَمَبْنَى المُرَابَحَةِ عَلَى الأَمَانَةِ وَالِاحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الخِيَانَةِ فَاعْتُبِرَ أَقَلُّ الثَّمَنَيْنِ، وَلَوِ اشْتَرَى المُضَارِبُ عَبْدًا بِأَلْفٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ؛ لِأَنَّهُ اُعْتُبِرَ عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ وَهُوَ نَصِيبُ رَبِّ المَالِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ فَقَتَلَ العَبْدُ رَجُلًا

قوله: إِلَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ العَدَمِ، أي: شبهة عدم جواز البيع، فصار كأنه لم يبع رب المال من المضارب شيئاً.

قوله: وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ، أي: في باب المرابحة في **قوله: وَإِذَا كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِالنِّصْفِ.**

قوله: فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ، وقيَّد بالألفين؛ لأنه لو كانت قيمته ألفًا فتدبير الجناية إلى رب المال؛ لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها، فإن اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله ذلك؛ لأنه يستبقي بالفداء مال المضارب وله ذلك؛ لأن الربح يتوهم، كذا في «الإيضاح».

ثم اعلم أن العبد المشتري في المضاربة إذا جنى جناية خطأ فالعبد لا يدفع بالجناية حتى يحضر المضارب ورب المال، سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر؛ لأن الملك مشترك بينهما، وكذلك إذا كانت قيمة العبد ألف درهم لا غير فجنى جناية لا يدفع إلا بحضرتهما؛ لأن المضارب له في العبد حق الملك، حتى أن رب المال لو أراد أن يأخذ العبد ويمنعه من البيع لم يكن له ذلك، كالعبد المرهون إذا جنى جناية خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن؛ لما أن الراهن صاحب الملك والمرتهن صاحب الحق، والحاصل أنه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء؛ لأن الفداء ملك خالص لرب المال فكان لكل واحد منهما أن يفديه كالأجنبي، وهذا بخلاف ما لو كانت قيمته مثل رأس المال واختار رب المال الدفع وأبى المضارب الدفع والفداء جميعًا حيث يدفعه رب المال؛ إذ لا شركة

خَطأً فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الفِدَاءِ عَلَى رَبِّ المَالِ وَرُبْعُهُ عَلَى المُضَارِبِ)؛ لِأَنَّ الفِدَاءَ مُؤْنَةُ المِلْكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ المِلْكِ وَقَدْ كَانَ المِلْكُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا صَارَ المَالُ عَيْنًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرِّبْحُ وَهُوَ أَلْفٌ بَيْنَهُمَا وَأَلْفٌ لِرَبِّ المَالِ بِرَأْسِ مَالِهِ؛ لِأَنَّ قِيمَتَهُ أَلْفَانِ، وَإِذَا فَدَيَا خَرَجَ العَبْدُ عَنِ المُضَارَبَةِ، أَمَّا نَصِيبُ المُضَارِبِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا نَصِيبُ رَبِّ المَالِ فَلِقَضَاءِ القَاضِي بِانْقِسَامِ الفِدَاءِ عَلَيْهِمَا لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ قِسْمَةَ العَبْدِ بَيْنَهُمَا وَالمُضَارَبَةُ تَنْتَهِي بِالقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلَى المُضَارِبِ

للمضارب حقيقةً، وفي الامتناع عن الفداء يتعنت في حق ولي الجناية فيثبت لرب المال ولاية الدفع، فإن كان أحدهما غائبًا وقيمة العبد ألفا درهم ففداه الحاضر كان متطوعًا؛ لأنه أدَّى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه، فإنه لو أقام البينة على الشركة لا يطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء فكان متبرعًا كالأجنبي، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا فَدَيَا خَرَجَ العَبْدُ عَنِ المُضَارَبَةِ، أَمَّا نَصِيبُ المُضَارِبِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى ما ذكر في المسألة المتقدمة **بقوله:** وَيَخْرُجُ نَصِيبُ المُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِنَ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ.

وذكر الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله: ولا يكون الدفع والفداء إلى المضارب خاصة؛ لأن الدفع والفداء ليس من أحكام المضاربة؛ لأن المقصود من المضاربة الاسترباح والدفع والفداء ليس باسترباح، فلهذا كان ذلك إليهما، فإن شاءا دفعاه وإن شاءا فدياه، وأيهما فعل بطل عقد المضاربة، أما الدفع فظاهر؛ لأن مال المضاربة صار هالكـًا، وأمَّا الفداء فلأن العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما، إلى آخره؛ ولأن بالفداء يتميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر حكمـًا، فإن المضارب يفدي الربع الذي هو نصيبه ورب المال يفدي ثلاثة أرباعه، وفي المضاربة إذا تميَّز نصيب المضارب من نصيب رب المال تبطل المضاربة، كما إذا تميز بالقسمة فصار الفداء من كل واحد منهما نصيبه في معنى القسمة، والقسمة توجب انتهاء المضاربة، وكذلك بالدفع على ما قلنا.

وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى القِسْمَةِ، وَلِأَنَّ العَبْدَ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِمَا بِالجِنَايَةِ، وَدَفْعُ الفِدَاءِ كَابْتِدَاءِ الشِّرَاءِ فَيَكُونُ العَبْدُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا لا عَلَى المُضَارَبَةِ يَخْدُمُ المُضَارِبَ يَوْمًا وَرَبَّ المَالِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدًا فَلَمْ يَنْقُدْهَا حَتَّى هَلَكَتْ يَدْفَعُ رَبُّ المَالِ ذَلِكَ الثَّمَنَ وَرَأْسُ المَالِ جَمِيعُ مَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ رَبُّ المَالِ)؛ لِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَلَا يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا، وَالِاسْتِيفَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ وَحُكْمُ الأَمَانَةِ يُنَافِيهِ فَيَرْجِعُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، بِخِلَافِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ وَهَلَكَ بَعْدَ الشِّرَاءِ حَيْثُ لا يَرْجِعُ إِلَّا مَرَّةً؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ جَعْلُهُ مُسْتَوْفِيًا؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ تُجَامِعُ

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أراد به ما إذا ضاع الألفان في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك، بل بقيت على ما كانت.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فرق بين هذا وبين ما تقدَّم حيث لا يخرج هناك ما يخص به رب المال عن المضاربة وهنا يخرج، والفرق أن الواجب فيما تقدَّم ضمان التجارة، وضمان التجارة لا ينافي المضاربة، والواجب هنا ضمان الجناية، وضمان الجناية ليس من مال التجارة في شيءٍ، فلا يبقي على المضاربة فيرجع مرَّة بعد أخرى، بخلاف الوكيل.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله ثلاثة أوجه في الفرق بينهما:

أحدها: ما ذكره في الكتاب.

والثاني: أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلًا؛ لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلًا، فأمَّا هنا حق رب المال لا يضيع إذا حمل على الأمانة؛ لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح، ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر، فوجب اختيار أهون الأمرين.

والثالث: أن الوكيل لمَّا اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده،

الضَّمَانَ كَالغَاصِبِ إِذَا تَوَكَّلَ بِبَيْعِ المَغْصُوبِ، ثُمَّ فِي الوَكَالَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَرْجِعُ مَرَّةً، وَفِيمَا إِذَا اشْتَرَى ثُمَّ دَفَعَ المُوَكِّلُ إِلَيْهِ المَالَ فَهَلَكَ لا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ فَجُعِلَ مُسْتَوْفِيًا بِالقَبْضِ بَعْدَهُ، أَمَّا المَدْفُوعُ إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَهُوَ قَائِمٌ عَلَى الأَمَانَةِ بَعْدَهُ فَلَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا، فَإِذَا هَلَكَ رَجَعَ عَلَيْهِ مَرَّةً ثُمَّ لا يَرْجِعُ لِوُقُوعِ الاِسْتِيفَاءِ عَلَى مَا مَرَّ.

فأمَّا المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال ويرجع عليه في كل مرَّة، والله تعالى أعلم.

* * *

فَصْلٌ فِي الاِخْتِلَافِ

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفَانِ فَقَالَ دَفَعْتَ إِلَيَّ أَلْفًا وَرَبِحْتُ أَلْفًا وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ لَا بَلْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ أَلْفَيْنِ فَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا القَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَالِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ؛ لِأَنَّ الاِخْتِلَافَ فِي الحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ وَفِي مِثْلِهِ القَوْلُ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا

فصل في الاختلاف

لمَّا بيَّن أحكام مسائل الاتفاق فيما بين رب المال والمضارب، شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما؛ لما أن الأصل هو الاتفاق؛ لأن اتفاقهما مبنِي على تصادقهما لما كان عند ابتداء عقد المضاربة، والأصل هو أن يصدق المسلمُ المسلمَ فيما قاله.

قوله: لِأَنَّ الاِخْتِلَافَ فِي الحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ، قيَّد بالمقدار؛ لأن الاختلاف إذا وقع في صفة المقبوض فالقول فيه قول رب المال على ما سيجيء من كون المال في يد ذي اليد قرضٌ أو بضاعة، وعن هذا خرج الجواب عن سؤال من سأل ما الفرق بينما إذا قال رب المال ألفين، كان القول للمضارب، وبينما إذا قال رب المال والمال عندك بضاعة، كان القول قول رب المال؟

قوله: وَفِي مِثْلِهِ - أي: وفي مثل هذا الاختلاف، وهو الاختلاف في مقدار المقبوض - فَالقَوْلُ قَوْلُ القَابِضِ ضَمِينًا كَانَ - كالغاصب - أَوْ أَمِينًا، كالمودع، ألا ترى أنه لو أنكر القبض

كَانَ أَوْ أَمِينًا؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمِقْدَارِ المَقْبُوضِ، وَلَوِ اخْتَلَفَا مَعَ ذَلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ فَالقَوْلُ فِيهِ لِرَبِّ المَالِ؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بِالشَّرْطِ وَهُوَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى مِنْ فَضْلٍ قُبِلَتْ؛ لِأَنَّ البَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ هِيَ مُضَارَبَةٌ لِفُلَانٍ بِالنِّصْفِ وَقَدْ رَبِحَ أَلْفًا وَقَالَ فُلَانٌ هِيَ بِضَاعَةٌ فَالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَالِ)؛ لِأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ تَقْوِيمَ عَمَلِهِ أَوْ شَرْطًا مِنْ جِهَتِهِ أَوْ يَدَّعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، (وَلَوْ قَالَ المُضَارِبُ أَقْرَضْتَنِي وَقَالَ رَبُّ المَالِ هُوَ بِضَاعَةٌ أَوْ وَدِيعَةٌ فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ)؛ لِأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ التَّمَلُّكَ وَهُوَ يُنْكِرُ.

أصلًا كان القول قوله، فكذا في مقداره يكون القول قوله، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفَا مَعَ ذَلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ، أي: لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في رأس المال، صورته ما ذكره في «الإيضاح» وقال: وإذا اختلف المضارب ورب المال في رأس المال والربح فقال رب المال: رأس المال ألفان وشرطتُ لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطتَ لي النصف، فالقول قول المضارب في قدر رأس المال، والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح.

قوله: فَالقَوْلُ فِيهِ لِرَبِّ المَالِ؛ لأن المضارب يدعي الزيادة فيما شرط له ورب المال ينكر، ولو أنكر أصل الشرط بأن قال: كان المال في يده بضاعة فالقول قوله، فكذلك إذا أنكر الزيادة فيما شرط له.

قوله: وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى مِنْ فَضْلٍ قُبِلَتْ، أي: بينة رب المال تقبل فيما ادعى من الفضل في رأس المال، وبينة المضارب تقبل فيما ادعى من الفضل في الربح.

قوله: وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ؛ لِأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ التَّمَلُّكَ - أي: تملك الربح فالبينة بينة المدعي - وَهُوَ يُنْكِرُ، فكان القول قول رب المال عند عدم البينة؛ لإنكاره التملك عليه.

(وَلَوِ ادَّعَى رَبُّ المَالِ المُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ وَقَالَ الآخَرُ مَا سَمَّيْتَ لِي تِجَارَةً بِعَيْنِهَا فَالقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ)؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ العُمُومُ وَالإِطْلَاقُ، وَالتَّخْصِيصُ يُعَارِضُ الشَّرْطَ، بِخِلَافِ الوَكَالَةِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ الخُصُوصُ.

فإن قلتَ: ما وجه الفرق بين هذا وبين ما إذا انعكست صورة المسألة، بأن ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة، فالبينة هناك بينة رب المال، والقول قول المضارب؟

قلتُ: وجه الفرق فيه انعكاس العلة؛ لأن رب المال لمَّا ادعى القرض والمضاربُ المضاربةَ فقد اتفقا على أن الأخذ كان بإذن، ورب المال يدعي ضماناً وهو ينكر، فكان القول قوله، والبينة بينة رب المال؛ لأنه مدعٍ للضمان والبينة بينة المدعي، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَقَالَ الآخَرُ، وهو المضارب.

قوله: فَالقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ، في دعوى العموم، أي: مع اليمين، كذا في «المبسوط».

اعلم أن العموم في المضاربة كما يثبت بالتنصيص عليه يثبت بمقتضى لفظة المضاربة، وهو فيما قال في الكتاب، وإن قال المضارب: دفعتَ إليّ المال مضاربة بالنصف ولم تسم شيئاً، وقال رب المال: دفعتُ المال مضاربة في البرِّ أو في الطعام، فإن كان قبل التصرف فالقول قول رب المال، ويجعل إنكار رب المال العموم نَهياً له عن العموم، ولو ثبتَ العموم بالنصِّ أو باتفاقهما ثمَّ نَهاه رب المال عن العموم قبل التصرف عمل نَهيه، فهنا أَوْلَى، وإن كان هذا الاختلاف بعد التصرف فالقول قول المضارب مع يمينه استحساناً، وإن كان رب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسًا واستحساناً، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ العُمُومُ وَالإِطْلَاقُ، وَالتَّخْصِيصُ يُعَارِضُ الشَّرْطَ، بِخِلَافِ الوَكَالَةِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ الخُصُوصُ، والدليل على هذا الأصل أنه لو قال: خذ هذا المال مضاربةً بالنصف يصح ويملك به جميع التجارات، فلو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص على ما يوجب بالتخصيص كالوكالة، فإذا ثبتَ أن مقتضى مطلق العقد العموم فالمدعي لإطلاق العقد متمسك بما هو الأصل، والآخر يدعي تخصيصًا زائدًا،

(وَلَوِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَوْعًا فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ)؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى التَّخْصِيصِ، وَالإِذْنُ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَى نَفْيِ الضَّمَانِ

فيكون القول قول من يتمسك بالأصل، كما في البيع إذا ادَّعى أحدهما شرطـًا زائدًا من خيار أو أجل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَى نَفْيِ الضَّمَانِ، عن نفسه، ورب المال أيضـًا محتاج إلى إثبات ما ادَّعاه ليصل حقه إليه، بل بينة رب المال أَوْلَى بالقبول لإثباتها أمرًا عارضـًا وهو الضمان، وشرعية البينات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد، فكان هذا ممَّا يتأمل في صحته، وإن كانت رواية «الإيضاح» تساعده أيضـًا.

وأمَّا صاحب «الذخيرة» رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدًا فقال: في دعواهما الخصوص والعموم، فإن أقاما البينة فإن وقَّتا وقتًا إحداهما قبل صاحبها يقضى بالبينة التي تثبت آخر الأمرين، ويكون هذا من باب العمل بالبينتين؛ لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولًا ثمَّ نَهاه عن العموم وأذن له بالخصوص، أو أذن له بالخصوص أولًا ثم أذن له بالعموم، وإن لم تؤقت البينتان وقتًا، أو وقَّتا وقتـًا على السواء، أو وقَّتت إحداهما وقتًا دون الأخرى قضي ببينة رب المال؛ لأنَّه تعذر القضاء بهما لا معًا؛ لأنَّهما لا تقعان معًا ولا على الترتيب؛ لأن الشهود لم يشهدوا بالترتيب، وإذا تعذر القضاء بالأمرين تعذر العمل بالبينتين فتعمل بينة رب المال؛ لأنَّها تثبت ما ليس بثابت، هكذا ذكر في «الأصل».

وفي «القدوري»: إذا أقاما البينة فإن نصَّ شهود المضارب أنه أعطاه مضاربةً في كل تجارة فالبينة بينته، وإن لم يشهدوا بِهذا الحرف فالبينة بينة رب المال، وإذا اتفقا على الخصوص واختلفا في النوع الذي وقع فيه الخصوص فالقول قول رب المال؛ لأنَّهما اتفقا على تغيير العقد، والإذن يستفاد من رب المال فكان القول قوله، ثمَّ قال: وإن أقاما جميعـًا البينة فالجواب فيه على التفصيل الذي مرَّ في الفصل المتقدم.

وَعَدَمِ حَاجَةِ الآخَرِ إِلَى البَيِّنَةِ، وَلَوْ وَقَّتَتِ البَيِّنَتَانِ وَقْتًا فَصَاحِبُ الوَقْتِ الأَخِيرِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ آخِرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الأَوَّلَ.

قوله: وَلَوْ وَقَّتَتِ البَيِّنَتَانِ، بأن قال رب المال في دعوى الخصوص: دفعتُ إليك ألفاً مضاربةً في بُرٍّ في رمضان، وأقام على ذلك بينة، وقال المضارب: دفعتَ إليَّ ألفاً في شوال في طعام، وأقام على ذلك بينة، وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعي، كانت بينة المضارب أوْلَى؛ لأن الثاني ناسخ للأول، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الوَدِيْعَةِ

كتـابُ الوديعة

هذه الكتب أيضـًا أعني: الوديعة، والعارية، والهبة، والإجارات ظاهر التناسب فيما بينها؛ إذ في هذا الترتيب ترق من الأدنى إلى الأعلى؛ لأن في الوديعة أمانة بلا تمليك شيء، ثم ترقى منه إلى بيان تمليك منفعة، ثم إلى تمليك عين بلا عوض، ثم إلى تمليك منفعة بعوض، وفي المعاوضات وإن كانت في المنافع معنى اللزوم، والعقد اللازم أقوى من غير اللازم، فكان الوضع على وفق ما قيل:

وأولُ الغيث رشٌّ ثم ينسَكبُ

وأمَّا وجه مناسبة اتصال الوديعة بما قبلها فقد ذكرناه في أول الإقرار.

ثمَّ محاسن الوديعة ظاهرة، فإن في قبولها إعارة منافع بدنه، وبدل منافع البدن أحق في استيجاب المدح من بدل منافع المال، فلمَّا استوجبَ المعير والواهب المدحِ بسبب بدل آلة الوقاية وهي المال؛ لأَن يستوجب المودع الحمد والمدح بسبب بدل الموقي وهو البدن أوْلَى؛ إذ النفس أعزُّ من المال والذات أقوى من الحال، فمن اؤتمن ووفى بالأمانة فقد أظهر ما ذكر الله تعالى فيه من صفة الأمانة، وأثنى على من وفى بها بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥]، والله تعالى موصوف بأنه أمين، فإنه اسمٌ من أسماء الله تعالى، فإن الله تعالى أمين بحيث لا ينتقص عنده ما أودع من الطاعة، فيجازي كل مطيع بفضله بالتوفير على ما يستوجبه حتى لا ينقصه من قطمير، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «الأمانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر».

....

قيل: لمَّا ابتليت زليخا بالفقر وأبيضت عيناها من فراق يوسف عليه السَّلام جلست على قارعة الطريق على زيِّ الفقراء، فمرَّ بها يوسف عليه السلام فقامت ونادت: أيها الملك اسمع كلامي، فوقف يوسف عليه السلام فقالت: الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك، فتفقد عن حالها فأخبر أنَّها زليخا فتزوَّجها ترحمًا لحالها.

وحُكي أن رجلًا جاء شاور أبا حنيفة رحمه الله في إيداع بعض أمواله إلى أحد بالكوفة فقال: أودع وقل: أشهدت الله عليك، ففعل فلمَّا رجع من مكة جحد المودع الوديعة، فأخبر أبا حنيفة بذلك فقال أبو حنيفة رحمه الله: قل للمودع: هل لي عليك بِهذا المال شاهد استشهد به عليك؟ فإن قال: لا، فقد كفر وإن قال: نعم فقد أقرَّ، ففعل الرجل ما أرشده إليه فأقرَّ المودع بالوديعة، فالأيمان وديعة الله تعالى؛ لما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «الأيمان نور الله الأزلي أودعه في قلوب المؤمنين، فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى».

فنحتاج هاهنا إلى بيان سبعة أشياء: تفسير الوديعة لغةً وشرعًا، ودليل شرعيتها، وركنها، وشرطها، وحكمها، وما يكون إيداعًا بدون اللفظ.

أمَّا اللغة: فالوديعة مشتقة من الوَدْع وهو الترك، عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «لينتهينَّ أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم وليكتبنَّ من الغافلين»، أي: عن تركهم إيَّاها، قال شمر: زعمت النحويَّة أن العرب أماتوا مصدر يدع، والنبي صلَّى الله عليه وسلَّم أفصح العرب وقد رُويت عنه هذه الكلمة، وسُمِّيت الوديعة بها؛ لأنَّها شيء يترك عند الأمين.

وفي الشريعة: عبارة عن التسليط على حفظ المال.

وأمَّا دليل شرعيتها: فقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وهذا عام في جميع الأمانات، وإن كان قيل في سبب النزول: أن المراد هو ردُّ مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة؛ لأنه حين أتاه به قال: خذه بأمانة الله تعالى،

قَالَ: (الوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُودَعِ إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وهذا الأمر للإيجاب؛ لأن أداء الأمانة واجب على المودع بعد القبول، والمودع قبل القبول مندوب للقبول شرعًا؛ لما فيه من الإعانة على البر، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «إن الله تعالى في عون العبد مادام العبد في عون أخيه».

وأمَّا ركنها: فقول المودع: أو دعتك هذا المال، أو ما يقوم مقامه من الأفعال والأقوال على ما يجيء والقبول من المودع؛ لأن صيرورة العين أمانة عند الغير تتم بإيجاب المالك وحده، فأمَّا وجوب الحفظ حكم يلزم المودع فلا بدَّ من قبوله.

وأمَّا شرطها: فكون المال قابلًا لإثبات اليد عليه؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء لا يتأتى إلا بعد إثبات اليد عليه، حتى لو أودع الآبق، والطير الذي يطير في الهواء، والمال الساقط في البحر لا يصح، وكون المودع مكلفـًا شرط أيضـًا ليجب الحفظ عليه.

وأمَّا حكمها: فيكون المال أمانة عنده مع وجوب الحفظ عليه والأداء عند الطلب.

وأمَّا ما يكون إيداعًا بدون اللفظ: مثل أن يجيء رجل بثوب إلى رجل ووضعه بين يديه وقال: هذا وديعة عندك، وذهب صاحب الثوب ثم غابَ الآخر بعده وترك الثوب ثمَّة فضاع الثوبُ كان ضامنًا؛ لأن هذا قبول منه للوديعة عرفًا، وكذا لو وضع صاحب الثوب ثوبه بين يديه ولم يقل شيئـًا والمسألة بحالها كان ضامنًا أيضـًا؛ لأن هذا إيداع عرفـًا، ولو قال الجالس: لا أقبل الوديعة فوضع بين يديه وذهبَ فضاع الثوبُ لا يضمن؛ لأنه صرح بالرد فلا يصير مودعًا بدون القبول، وكذلك إذا دخل رجُل الحمام وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ فقال صاحب الحمام: ثمَّة، فوضع ودخل الحمام ثمَّ خرج رجل آخر وأخذ ثيابه وذهبَ فصاحب الحمام ضامنٌ، وإن وضع الثياب بمرأى عين صاحب الحمام ولم يقل شيئـًا إلى آخره مذكور في موضعه، هذا كله من «المبسوطين»، و«المغني»، و«فتاوى قاضي خان» رحمه الله وغيرها.

قوله: الوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُودَعِ، فإن قيل: الوديعة والأمانة كلاهما عبارتان عن معبر

وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ وَلا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ» وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ حَاجَةً إِلَى الِاسْتِيدَاعِ، فَلَوْ ضَمِنَاهُ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ فَتَتَعَطَّلُ مَصَالِحُهُمْ.

واحد، فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر؟ ولا يجوز إيقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبراً إلا على طريق التفسير والمفسر، كقولك: الليث أسد، والحبس منع، ومراد المصنف رحمه الله هاهُنا ليس تفسير الوديعة بالأمانة.

قلنا: جواز ذلك هاهُنا بطريق العموم والخصوص، فإن الوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالوديعة هي الاستحفاظ قصدًا، والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد، بأن هبت ريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره، والحكم في الوديعة أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف، هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله.

والأولى من الجواب فيه أن يقال: إن لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون فكان قولنا: هو أمانة عنده، أي: غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه، حتى أن لفظ الأمانة يُستحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه، وأراد بالوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين، فصح إيقاعهما مبتدأ وخبَرًا.

والدليل على صحة هذا، أي: في استعمال لفظ الأمانة في إفادة غير مضمون ما ذكره في «شرح الطحاوي» في أول الوديعة: تعداد الصور التي هي غير مضمونة بلفظ الأمانة فقال: الوديعة أمانة والعارية أمانة عندنا، وعند الشافعي رحمه الله مضمونة، والشيء المستأجر أمانة في يد المستأجر، والعبد الموصي برقبته لرجل وبخدمته لآخر أمانة في يد الموصى له بالخدمة، ألا ترى كيف قابل قوله: مضمونة، بقوله: أمانة عندنا، وكيف عدد صور غير الضمان بلفظ الأمانة، ولمَّا كان كذلك لم يبق التفاوت بين **قوله: الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ**، وبين قوله: الوديعة غير مضمونة، ولو قال الثاني يصح ويستقيم من غير خلل، وكذا الأول.

وقالوا: الغلول والإغلال الخيانة، إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام، ومنه:

....

«لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»، أي: غير الخائن، كذا في «المغرب»، والمعنى فيه أن المودع متبَرِع في حفظها لصاحبها، والتبرع لا يوجب ضماناً على المتبرع للمتبرع عليه؛ ولأن هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، وهو معنى قول الفقهاء: يد المودَع كيد المودِع، ويستوي إن هلك بما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن؛ لأن التحرّز لمعنى العيب في الحفظ، ولكن صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقة في المعاوضة دون التبَرع، والمودعُ متبرع، وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله، وفي «الذخيرة»: ذكر محمد رحمه الله من جملة من في عياله زوجته وولده وأجيره.

فإن قلتَ: ينبغي أن يضمن إذا دفع إلى زوجته؛ لأنه منهي عن دفع مال نفسه إلى امرأته، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، والمراد بها النساء، كذا في «المبسوط»، فلمَّا كان منهيًّا عن دفع مال نفسه فما ظنك في مال غيره؟

قلتُ: ذكر في «الكشَّاف»: والخطاب في قوله: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ﴾ للأولياء وأضاف الأموال إليهم؛ لأنَّها من جنس ما يقيم به الناس معايشهم كما قال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، والدليل على أنه خطاب للأولياء في أموال اليتامى قوله: ﴿وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥].

أو نقول: لو كان المراد به النساء فمعنى النهي في الآية يقترن بها وهو السفاهة؛ لأن النساء إذا كنَّ سُفهاء لا يجوز الدفع إليهنَّ، والدليل على هذا ما ذكره في التفسير حيث قال: وقيل: لمَّا قال: ﴿وَءَاتُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٢]، ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، بيَّن هذه الآية أنه إنَّما يجب الإيتاء إذا كانوا من أهل ولاية أخذ المال، فأمَّا إذا كانوا سفهاء غير بالغين مصلحين لا يدفع إليهم ويمسك إلى أن يزول السفه.

وجعل في «المبسوط» ما ذكر من الشبهة وجه القياس، ثم قال: وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، والإنسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله على ما قيل: قوامُ العالَم بشيئين: كاسب يجمعُ، وساكنة تحفظُ.

قَالَ: (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ حِفْظَ مَالِ غَيْرِهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، وَلِأَنَّهُ لا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الدَّفْعِ إِلَى عِيَالِهِ؛

ثمَّ اعلم أن جواز الدفع إلى من في عياله في جواب الاستحسان إذا لم ينه عن الدفع إليه، وأمَّا إذا نهى فجوابه على التفصيل على ما يجيء في كتابنا هذا، وأيضاً أن جواز الدفع إلى من في عياله إذا علم المودع أن من في عياله أمين، وإلا فلا يجوز الدفع إليه وإن لم ينه؛ لأنه ذكر في «فتاوى أبي الليث»: رجل غابَ وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع وطلبَ الوديعة فلم يجدها، فإن كانت المراة أمينة فلا ضمان على الزوج، وإن كانت غير أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة معها فهو ضامن، وعن هذه المسألة استخرجوا مسألة صارت واقعة الفتاوى، صورتها: يتم بان يتم را بغلام خويش ماند، فذهب الغلام بودائع الناس، فاتفقت أجوبة المفتيين كه يتم بان ضامن شود، إن علم أن غلامه سارق وليس بأمين، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

وذكر فيهما أيضاً في تفسير العيال فقال: والحاصل أن العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة للنفقة، ألا ترى أن المرأة إذا أودعت وديعة فدفعت الوديعة إلى زوجها لا تضمن، وإن لم يكن الزوج في نفقتها؛ لأنَّهما يسكنان معًا، وألا ترى أن الابن الكبير إذا كان ساكناً مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج المودع من المنزل وترك المنزل على الابن فإنه لا يضمن، فعلم أن العبرة لما قلنا.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ذكر الإمام الحلواني عن محمد رحمهما الله: المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أمنائه ممَّن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن؛ لأنه لمَّا كان موثوقًا به في ماله كذا في الوديعة، ثم قال: وعليه الفتوى، وعن هذا لم يشترط في «التحفة» في حفظ الوديعة بالعيال فقال: ويلزم المودع حفظه إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله بحرزه، وبيد من كان ماله في يده، ثم قال: ومعنى: بيد من كان ماله في يده، المستأجر الذي استأجره مشاهرة بنفقته وكسوته، والعبد المأذون الذي في يده ماله، والشريك المفاوض والعنان وإن لم يكونوا في عياله، وبهذا تعلم

لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ مُلازَمَةُ بَيْتِهِ وَلا اسْتِصْحَابُ الوَدِيعَةِ فِي خُرُوجِهِ فَكَانَ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ (فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ ضَمِنَ) لِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لا بِيَدِ غَيْرِهِ، وَالأَيْدِي تَخْتَلِفُ فِي الأَمَانَةِ، وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ كَالوَكِيلِ

أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة، فإن حفظها بغيرهم بأن كانت الوديعة في بيت المودع واستحفظ المودع الوديعة في بيته بغيره، بأن ترك الوديعة والغير في بيته وخرج هو بنفسه، أو أودعها غيرهم بأن نقل الوديعة من بيته ودفعها إلى أجنبي وديعة ضمنَ.

فإن قلتَ: ينبغي أن لا يضمن بالدفع إلى الأجنبي على وجه الإيداع فإنه ذكر قبل هذا؛ لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ثم المودع يودع مال نفسه إلى الأجنبي حتى إذا صار هو مودعًا لغيره، فينبغي أن يملك أيضـًا إيداع الوديعة إلى الأجنبي؛ لأنه استحفاظ للوديعة كاستحفاظ مال نفسه.

قلتُ: خرج الجواب عن هذا **بقوله:** لِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لا بِيَدِ غَيْرِهِ، وأمّا قوله قبل هذا: لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ حِفْظَ مَالِ غَيْرِهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، أراد به غالبـًا، فإن المرء في الغالب يحفظ مال نفسه بمن هو في عياله لا بالأجنبي، فإنه كلما خرج من بيته لا يستصحب بنفسه جميع ما في بيته من الملبوسات والمفروشات والمطعومات والمشروبات وهي كلها ملكه، وذلك استحفاظ منه لمالِه بمن في عياله، فينصرف قبوله لحفظ مال غيره أيضـًا إلى مثل هذا الاستحفاظ، وهذا الاستحفاظ إنّما يتحقق بمن في عياله لا بالأجنبي، فكذا في الوديعة؛ ولأن المودع إذا دفع إلى الأجنبي لا يكون هو حافظـًا لها، بل الأجنبي هو الحافظ والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنًا.

قوله: وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ، فنذكر هاهنا ما ذكرنا من النقض وجوابه في مسائل المضاربة، فإنه ينتقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب حيث يكون لهؤلاء ولاية الإعارة، والإذن، والكتابة، فكان فيه تضمن الشيء لمثله.

ثم اعلم أن مسائل هذا النقوض والشبهة التي مرَّت متمسك ابن أبي ليلى في أن للمودع

لا يُوَكِّلُ غَيْرَهُ، وَالوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعٌ، إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ الحِرْزَ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرْزِ نَفْسِهِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ أَوْ يَكُونَ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الغَرَقَ فَيُلْقِيَهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى) لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ فَيَرْتَضِيهِ المَالِكُ، وَلا يُصَدَّقُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّهُ يَدَّعِي ضَرُورَةً مُسْقِطَةً لِلضَّمَانِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى الإِذْنَ فِي الإِيدَاعِ.

قَالَ: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا ضَمِنَهَا)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ

أن يودع غيره، وقال شيخ الإسلام رحمه الله في جواب هذه المسائل: أن المستعير مالك للمنفعة، والمأذون أيضاً يتصرف بحكم الملك فيملك التمليك، فكذا المكاتب.

قوله: وَالوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعٌ، أي: يضمن بالوضع في حرز غيره كما يضمن بالإيداع غيرَه».

وذكر في «الإيضاح»: وإذا حفظها في حرز ليس يحرز فيه ماله ضمن، ثم قال: والمراد به إذا وضعه في حرز غيره فيصير بالوضع في الحرز كالتسليم إليه؛ لأن الحرز في يد ذلك الغير الحريق للنار.

قوله: إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ، هذا الاستثناء من **قوله**: فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ ... ضَمِنَ، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: إذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعة إلى أجنبي، فإن أمكنه أن يناولها بعض من في عياله فهو ضامن، وإلا فلاضمان عليه.

قوله: وَلا يُصَدَّقُ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وفي «المنتقى»: إذا علم أنه احترق بيت المودع يقبل قوله، وإن لم يعلم لا يقبل إلا ببينة، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ، أي: بعد تحقق سبب الضمان وهو التسليم إلى جاره.

بِالمَنْعِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِإِمْسَاكِهِ بَعْدَهُ فَيَضْمَنُهُ بِحَبْسِهِ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِنْ خَلَطَهَا المُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى لا تَتَمَيَّزَ ضَمِنَهَا ثُمَّ لا سَبِيلَ لِلْمُودَعِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالا: إِذَا خَلَطَهَا بِجِنْسِهَا شَرِكَهُ إِنْ شَاءَ) مِثْلُ أَنْ يَخْلِطَ الدَّرَاهِمَ البِيضَ بِالبِيضِ وَالسُّودَ بِالسُّودِ وَالحِنْطَةَ بِالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ. لَهُمَا أَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ الوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ صُورَةً وَأَمْكَنَهُ مَعْنًى بِالقِسْمَةِ فَكَانَ اسْتِهْلاكًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ. وَلَهُ أَنَّهُ اسْتِهْلاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِأَنَّهُ فِعْلٌ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ، وَلا مُعْتَبَرَ بِالقِسْمَةِ لِأَنَّهَا مِنْ مُوجِبَاتِ الشَّرِكَةِ فَلَا تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا، وَلَوْ أَبْرَأَ الخَالِطَ لا سَبِيلَ لَهُ عَلَى المَخْلُوطِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الدَّيْنِ وَقَدْ سَقَطَ، وَعِنْدَهُمَا بِالإِبْرَاءِ تَسْقُطُ خِيرَةُ

قوله: وَقَالا: إِذَا خَلَطَهَا بِجِنْسِهَا شَرِكَهُ إِنْ شَاءَ، وإن شاء ضمنه وأمكنه معنًى بالقسمة؛ لأن القسمة فيما لا يتفاوت آحاده إفراز وتعيين، حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينًا من غير قضاء ولا رضاء، فكان إمكان الوصول إلى حقه قائمًا معنًى فخيَّرناه، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ اسْتِهْلاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ لأنه ليس الاستهلاك من العباد إلا هذا وهو التغييب، وأمَّا انعدام المحل فتخليق الله عزَّوجلَّ، والتغييب قد وجد فكان الاستهلاك موجودًا فيصير ضامنًا لا شريكًا، ولا يباح للآخر التناول قبل أداء الضمان، كذا ذكره الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله.

قوله: فَلَا تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا، أي: فلا تصلح القسمة موجبة للشركة؛ لأنه حينئذٍ تنقلب العلةُ حكمًا والحكمُ علةً.

قوله: وَخَلْطُ الخَلِّ - بالخاء المهملة وهو دُهن السمم - بِالزَّيْتِ.

الضَّمَانِ فَيَتَعَيَّنُ الشَّرِكَةُ فِي المَخْلُوطِ، وَخَلْطُ الخَلِّ بِالزَّيْتِ وَكُلِّ مَائِعٍ بِغَيْرِ جِنْسِهِ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ، وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ صُورَةً وَكَذَا مَعْنًى لِتَعَذُّرِ القِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَمِنْ هَذَا القَبِيلِ خَلْطُ الحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لا يَخْلُو عَنْ حَبَّاتِ الآخَرِ فَتَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ وَالقِسْمَةُ.

قوله: لِتَعَذُّرِ القِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الجِنْسِ، فتكون المبادلة راجحة فانقطع طريق وصوله إلى عين حقه معنًى أيضـًا؛ لأن حقيقة القسمة في الإفراز، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس وهذا مختلف الجنس فلذلك تعذر القسمة.

قوله: وَمِنْ هَذَا القَبِيلِ، أي: من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع.

قوله: خَلْطُ الحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ، هذا احتراز عن قول بعضهم بأن الجواب في خلط الحنطة بالشعير مثل الجواب في خلط الحنطة بالحنطة، فكان هو على الاختلاف الذي قلنا فيه، ومنهم من قال: الصحيح هنا أن ينقطع حق المالك بهذا الخلط ولا يبقى حق المشاركة عندهم جميعًا، فإنه ذكر في كتاب الوديعة: الخالط ضامن، ولم يذكر خلافًا، ولا ذكر أنه يشاركه إن شاء، فعلى هذا القول فرق أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بينه وبين خلط الحنطة بالحنطة، ووجه الفرق أن في خلط الحنطة بالحنطة التمييز إن تعذر من حيث الحقيقة أمكن من حيث الحكم بالقسمة، فكان حقه قائمًا من وجه فيتخيَّر، وهاهنا التمييز متعذر من كل وجه من حيث أن الحنطة لا تخلوا عن حبَّات شعير، والشعير لا يخلو عن حبَّات حنطة، فصار كخلط دهن الجوز بدهن البزر، كذا في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

فإن قيل: تمييز الشعير من الحنطة ممكن بأن يصب في الماء فترسب الحنطة ويطفوا الشعير، قلنا: في هذا إفساد المخلوط في الحال، ثم الحنطة لا يخلو عن حبَّات الشعير، والشعير لا يخلو عن حبَّات الحنطة، فما كان من حبَّات الحنطة لصاحب الشعير ترسب، وما كان من حبَّات الشعير لصاحب الحنطة يطفوا، فعرفنا أن التميز متعذر بهذا الطريق أيضـًا، فكان خلط الحنطة بالشعير موجبًا للضمان؛ لأنه يتعذر على المالك الوصول إلى عين ملكه

وَلَوْ خَلَطَ المَائِعَ بِجِنْسِهِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ إِلَى ضَمَانٍ لِمَا ذَكَرْنَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُجْعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرِكَةٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ الجِنْسَ لا يَغْلِبُ الجِنْسَ عِنْدَهُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الرَّضَاعِ، وَنَظِيرُهُ خَلْطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا إِذَابَةً لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَائِعًا بِالإِذَابَةِ.

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا) كَمَا إِذَا انْشَقَّ الكِيسَانِ فَاخْتَلَطَا؛ لِأَنَّهُ لا يَضْمَنُهَا لِعَدَمِ الصُّنْعِ مِنْهُ فَيَشْتَرِكَانِ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ.

إلا بحرج والمتعسِّر كالمتعذر، كذا في وديعة «المبسوط».

قوله: يُجْعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ، فيكون لصاحب الكثير فيضمن صاحب الكثير لصاحب القليل.

والفرق لأبي يوسف رحمه الله بين خلط المائع بالمائع من خلاف جنسه، وبين خلط المائع بالمائع من جنسه، قال في خلاف جنسه: ينقطع الحق بالإجماع، فكأنه في خلط المائع بالمائع عند اتحاد الجنس اعتبر الشيوع والتداخل مع بقاء خاصيته؛ لأن معنى الشيوع والتداخل في المائعات أكثر، غير أن الخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس، فيُتحقق معنى الاستهلاك فيُوجب انقطاع حق المالك، واعتبر الكثرةُ عند اتحاد الجنس في إيجاب الكثرة انقطاع حق صاحب الأقل لما لها من التأثير في ذلك، كدرَّة تبلعها دجاجةٌ يجعل أقلهما مالية هالكًا بأكثرهما ماليَّة، حتى يصير الأقل ملكًا لصاحب الأكثر، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّهُ لا يَضْمَنُهَا لِعَدَمِ الصُّنْعِ مِنْهُ، أي: لعدم الصنع الموجب للضمان منه، ولو تمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل الدراهم الوديعة في كيس مال، ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما، فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعًا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما، والأصل في المال المشترك إذا هلك شيء منه أن ما هلك هلك على الشركة، وما بقي بقي على الشركة، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (فَإِنْ أَنفَقَ المُودَعُ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهَا بِالبَاقِي ضَمِنَ الجَمِيعَ)؛ لِأَنَّهُ

قوله: فَإِنْ أَنفَقَ المُودَعُ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهَا بِالبَاقِي ضَمِنَ الجَمِيعَ، قالوا: هذا إذا لم يجعل على ماله علامة حين خلطه بمال الوديعة، أمَّا إذا جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا بما أنفق، كذا في «الذخيرة».

ثم قيَّد في الكتاب بالإنفاق ورد المثل؛ لأنه إذا أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثمَّ بدا له فردَّه إلى موضعه ثمَّ ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه؛ لأن رفعه حفظ فلا يكون موجبًا للضمان عليه، بقي مجرَّد نية الإنفاق عليه في حاجته وبمجرَّد النية لا يصير ضامنًا، كما لو نوى إن نقصت مال إنسان، وهذا لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «إن الله سبحانه وتعالى تجاوز لأمتي عمَّا حدثت به أنفسهم ما لم يعملوا أو يتكلموا»، والعراقيون يقولون: كاد يعصي فعُصِم والمعصومُ لا يعاقب لعقوبة من عصى، وإن صار ضامنـًا بالدفع فقد عاد إلى الوفاق بردِّ العين إلى مكانه، وذلك يبرئه عن الضمان عندنا، بخلاف ما إذا ردَّ مثله؛ لأن هناك إنما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق، وهذا لا يكون عودًا إلى الوفاق فيما خالف فيه، وهاهُنا إنما جاء بالوديعة بعينها فيتحقق عودُه إلى الوفاق.

وهذا أولى الوجهين عندي، فإنه لو باعها وضمن قيمتها نفذ البيع من جهته، وإنما يستندُ ملكه بالضمان إلى وقت وجوب الضمان، فلو لم يكن الدفع للبيع موجبًا للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه إلى تلك الحالة فينبغي أن لا ينفذ بيعه، والرواية محفوظة أن البيع نافذ، فعرفنا أن الأوجه هو الطريق الثاني، ثم لو أنفق طائفة من الوديعة في حاجته كان ضامنًا لما أنفق منها وهو ظاهرٌ، ولم يصر ضامنـًا لما بقي منها؛ لأنه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب للباقي فإن هذا ممَّا لا يضره التبعيض؛ لأن الكلام فيما إذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو شيئـًا من المكيل والموزون، فهو كما لو أودعه وديعتين فأنفق أحدهما لا يكون ضامنًا للأخرى، فإن جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامنًا لجميعها؛ لأن ما أنفق صار دينًا في ذمته وهو لا يتفرَّد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه، فيكون فعله هذا خلطـًا لما بقي بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: ضَمِنَ الجَمِيعَ، أي: البعض بالإنفاق والبعض بالخلط.

خَلَطَ مَالَ غَيْرِهِ بِمَالِهِ فَيَكُونُ اسْتِهْلَاكًا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِذَا تَعَدَّى المُودَعُ فِي الوَدِيعَةِ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ أَوْ عَبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُ ثُمَّ أَزَالَ التَّعَدِّيَ فَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ زَالَ الضَّمَانُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ لِأَنَّ عَقْدَ الوَدِيعَةِ ارْتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا لِلْمُنَافَاةِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى المَالِكِ، وَلَنَا أَنَّ الأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ، وَارْتِفَاعُ حُكْمِ العَقْدِ ضَرُورَةَ

قوله: وَلَنَا أَنَّ الأَمْرَ بَاقٍ بِإِطْلَاقِهِ، أي: أن الأمر بالحفظ باق بعد الخلاف؛ لأنه مطلق غير مؤقت بوقت فيكون باقيًا، فلمَّا كان باقيًا كان المودع مودعًا بعد إزالة التعدي كما كان.

فإن قلتَ: هذه الدعوى وهي بقاء الأمر بالحفظ بعد ما تعدى المودع في الوديعة إنَّما يصح إن لو لم يكن المودع مأمورًا بالحفظ دائمًا، وبالاتفاق إنه مأمور بالحفظ دائمًا وما هذا شانه فبالمخالفة يكون ردًّا لذلك الأمر من الأصل وإن قلت المخالفة؛ لأنه لا يبقى مع ضده، فاعتبر هذا بالأمر بالأيمان والصَّوم فإن الله تعالى لمَّا ألزم العبد تصديقـًا دائمًا قيل: أنه متى ترك التصديق ساعة كان ردًّا وكفرًا فالجحود سواء، وكذلك الأمرُ بالصوم لما ألزم الكف به مستغرقـًا اليوم كله قيل: أنه إذا تركه ساعة من النهار يأتيان ما يوجبُ الفطر صار ردًّا للصوم من الأصل، ثم في مسألتنا المودعُ حين تعدَّى صار ضامنًا بالاتفاق، حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها، ثم هو مأمور بالحفظ دائمًا كما في الأيمان والصوم، فبالمخالفة ارتفعت أمانته من الأصل فينبغي أن لا يعود أمينـًا بترك المخالفة كما في الصوم؛ لأن الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود مرَّة وبالخلاف من طريق الفعل أخرى، ثمَّ إذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بترك الخلاف ما لم يردها إلى المالك فكذلك بالاستعمال بل أَوْلَى؛ لأن الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل بها، وقياسًا بالمستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ، وكذلك المستعير إذا خالفَ ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ.

وقياسكم على الحافظ بأجر شهر إذا خالف ثم عادَ إلى الوفاق فإنه يبرأ عن الضمان غير مستقيم، فإن براءته من الضمان هناك وبقاءه أمينـًا باعتبار أنه عقد لازم، فلا يرتد بردِّه

ثُبُوتِ نَقِيضِهِ، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ العَقْدِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْحِفْظِ شَهْرًا فَتَرَكَ الحِفْظَ فِي بَعْضِهِ ثُمَّ حَفِظَ فِي البَاقِي فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ المَالِكِ.

بخلاف مانحن فيه.

قلتُ: أمَّا الأول هو أن المودع مأمور بالحفظ دائمًا فمسلَّم، إلا أن المخالفة بالفعل ليس برد للأمر؛ وذلك لأن قوله: احفظ مالي، أو قوله: احفظ أبدًا، لا يشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده، ثم هو لا يبطل بالخلاف؛ لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه، والخلاف بالاستعمال ليس بموضوع لإبطال الإيداع وهو لا ينافيه، ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب: أودعتك وهو مستعمل له، والخلاف ليس برد؛ لأن الأمر قول ورد القول بقول مثله، بخلاف الجحود؛ لأنه رد للأمر بعينه؛ لأن الجاحد يكون متملكًا للعين، والمالك في ملكه لا يكون مأمورًا بالحفظ من جهة غيره، والدليل عليه أوامر الشرع فإن الجحود فيها ردٌّ والخلاف لا يكون ردًّا، حتى لو ترك صومًا أو صلاةً حتى ذهب الشهر وفات الوقت لا يكفر.

وأمَّا بطلان الصوم والأيمان بالمخالفة في ساعة لا باعتبار ردِّ الأمر بل بالمخالفة في ساعة من النهار إنما يفوت صوم جميع يومه باعتبار أن الصوم لا يتجزي ثبوته في بعض اليوم، فصار عدم بعضه كعدم كله، وكذلك الأيمان لا يتجزي من حيث أنه لا يتم ما مضى بدون ما بقي، ومتى فاتَ آخرُه ذهبَ أوله حتى أن الصوم لما تجزي يوم من يوم لم يكن تركه صومَ يوم تفويتًا لما بقي، بل إذا صام ما بقي صحَّ، وكذلك الأيمان لما تجزي فيما بقي من العمر دون ما مضى إذا أتِي به صح، فكذلك الحفظ يتجزي فيما بقي دون ما مضى فإذا أتى به وجب أن يصح، فعلمنا أن فساد الصوم بالأكل ساعة بحكم أنه لا يتجزي إلا بالرد، وإذا لم يكن ردًّا والأمرُ مطلق غير مؤقت، ولولا الخلاف لكان ثابتًا في هذه الحالة فكذلك بعد الخلاف؛ لأنه لم يصر ردًّا، وثبتَ بما ذكرنا أيضًا أن قياسه المخالفة بالفعل على الجحود غير مستقيم؛ لأن الجحود رد للأمر لا المخالفة على ما ذكرنا.

وأمَّا الجواب عن قياسه بالمستأجر والمستعير فإن المستأجر إذا تعدى ثم أزال التعدي

قَالَ: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا ضَمِنَهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ بِالرَّدِّ فَقَدْ عَزَلَهُ عَنِ الحِفْظِ فَبَعْدَ ذَلِكَ هُوَ بِالإِمْسَاكِ غَاصِبٌ مَانِعٌ فَيَضْمَنُهَا، فَإِنْ عَادَ إِلَى الِاعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ عَنِ الضَّمَانِ لِارْتِفَاعِ العَقْدِ، إِذِ المُطَالَبَةُ بِالرَّدِّ رَفْعٌ مِنْ جِهَتِهِ وَالجُحُودُ فَسْخٌ مِنْ جِهَةِ المُودَعِ كَجُحُودِ الوَكِيلِ الوَكَالَةَ وَجُحُودِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ البَيْعَ فَتَمَّ الرَّفْعُ، أَوْ لِأَنَّ المُودَعَ يَنْفَرِدُ بِعَزْلِ نَفْسِهِ بِمَحْضَرٍ مِنَ المُسْتَوْدِعِ كَالوَكِيلِ يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ لا يَعُودُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ فَلَمْ يُوجَدْ الرَّدُّ إِلَى نَائِبِ المَالِكِ،

لم يبرأ عن الضمان؛ لأن البراءة من الضمان إنما يكون بالإعادة إلى يد المالك إمَّا حقيقةً وإمَّا تقديرًا، ويد المستأجر يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة من المحل، والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملًا لنفسه لا لغيره فلا يبرأ من الضمان، وكذلك المستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ من الضمان؛ لما بينا من الفقه في الإجارة.

ثمَّ دعوى الخصم ارتفاعُ الإيداع في جميع الوقت بسبب المخالفة بالفعل بناءً على وجوب المحافظة، وإنما يشكل بالاستئجار للحفظ فإنه يستغرق المدة، ثم لا يبطل بالخلاف من طريق الفعل بالاتفاق، وعذره عن الإجارة أنَّها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف؛ فإن بطلان العقد عنده بفوات المعقود عليه، واللازم وغير اللازم فيه سواء بالاتفاق، يعني: أن العقد اللازم وغير اللازم سواء في حكم الانتقاض من جهة عدم تسليم المعقود عليه بالاتفاق كالإجارة، والعارية، والبيع، والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود عليه، وإنما يفتقر اللازم وغير اللازم فيما هو رد، ثم في الاستئجار العقد ورد على منفعة الحافظ في المدَّة، والمنفعة تحدث شيئًا فشيئًا، فبترك الحفظ في بعض المدَّة تبطل العقد في ذلك القدر، ويكون باقيًا فيما وراءه لبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الإيضاح».

قوله: فَتَمَّ الرَّفْعُ، أي: نقض عقد الإيقاع.

بِخِلَافِ الخِلَافِ ثُمَّ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ، وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا لا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِزُفَرَ لِأَنَّ الجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِنْ بَابِ الحِفْظِ لِأَنَّ فِيهِ قَطْعَ طَمَعِ الطَّامِعِينَ، وَلِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ أَوْ طَلَبِهِ فَبَقِيَ الأَمْرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ.

قَالَ: (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الوَدِيعَةِ وَإِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ

قوله: بِخِلَافِ الخِلَافِ، أي: فعلًا.

قوله: وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا لا يَضْمَنُهَا، بأن قال له رجل: ما حال وديعة فلان؟ فقال: ليس لفلان عندي وديعة، أو جحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال: ما حال وديعتي عندك؟ ليشكره على حفظها فجحدها لا يضمنها عند أبي يوسف رحمه الله في الفصلين، وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقرَّ ثم هلكت لا يضمنها، قال: لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ، كذا في «الذخيرة».

الحَمل: بالفتح مصدر حمل الشيء، ومنه: ما له حمل ومؤنة، يعني: ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمَّال، وبيانه في لفظ الأصل: ما له مؤنة في الحمل، كذا في «المغرب».

قوله: وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الوَدِيعَةِ، هذا كله إذا كان الطريق آمنـًا، أمَّا إذا كان مخوفـًا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق، وكذا الأب والوصي إن سافر بأهله لا يضمن، وإن سافر بنفسه ضمن؛ لأنه يمكنه أن يتركها في أهله، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وهذا الإطلاق في قولهما بهذه الصفة لا وضع «الجامع الصغير»، ولا وضع «المبسوط»، أمَّا وضع «الجامع الصغير» في رجل أودع رجلًا مالًا قال: له أن يخرج به وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: ليس له أن يسافر

فِي الوَجْهَيْنِ، لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِطْلَاقُ الأَمْرِ، وَالمَفَازَة مَحَلٌّ لِلْحِفْظِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَلِهَذَا يَمْلِكُ الأَبُ وَالوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ.

به وإن فعل ضمن، واختلف أصحابنا من بعد فقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يضمن قصر الخروج أو طال، كان له حمل ومؤنة أو لم يكن، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن قصر الخروج لم يضمن بكل حال، وإن طال لم يضمن إلا فيما له حمل ومؤنة، وقال محمد رحمه الله: كذلك إلا فيما له مؤنة، فإنه لا يملك أن يخرج به قصر أو طال، كذا ذكره الإمام المحتاط في ألفاظ «الجامع الصغير» فخر الإسلام رحمه الله.

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقال: إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها، وإذا بعدت المسافة فليس له ذلك؛ لأنه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة إذا أراد ردها، ولأبي حنيفة رحمه الله إطلاق الأمر؛ لأن المودع أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان؛ ولأن المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة، فإذا خرج فإمَّا أن يدفع الوديعة إلى غيره فيكون تاركاً للنص؛ لأنه أمره أن يحفظها بنفسه، وإمَّا أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفًا لمقصوده، ولا شك أنَّ مراعاة النص أوْلَى من مراعاة المقصود، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: ما له حمل ومؤنة وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء، بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِهَذَا يَمْلِكُ الأَبُ وَالوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ، فإن قلتَ: لا يجوز الاستدلال بجواز مسافرة الأب والوصي بمال الصبي للتجارة على جواز مسافرة المودع بالوديعة؛ لأن مسافرتهما به للتجارة وطلب الربح، ألا ترى أن لهما أن يسافرا بمال الصبي من طريق البحر، والناس يخاطرون بالتجارة في طمع الربح، وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة، ولو سافر ليس له أن يسافر من طريق البحر إنما المأخوذ عليه الحفظ لا غير، ولا يجد أحدًا في عُرف الناس إخراج الأموال إلى الأسفار لمقصود الحفظ، بل يكون ذلك في الأمصار لما في السفر من تعريض المال للهلاك، قال عليه الصَّلاة والسَّلام: «المسافر وما في يده على قَلَتٍ إلا ما وقى الله تعالى»، وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف.

وَلَهُمَا أَنَّهُ تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فِيمَا لَهُ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لا يَرْضَى بِهِ فَيَتَقَيَّدُ،

قلتُ: بل يجوز الاستدلال به؛ لما أن قربان مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وأوْلَى وجوه الحسن هو رعايته عن مواضع وهم التلف، فإن ولاية الأب والوصي في مال الصبيّ مقيَّدة بشرط النظر، فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز لهما السفر بمال الصبي، ونحن لا نمنع زيادة ثبوت الولاية لهما في التصرف بمال الصغير بالسفر في البحر، لضرورة ثبوت الاسترباح والاستنماء في ماله، ولكن مع ذلك تصرفهما مقيَّد بشرط النظر، ألا ترى أن الشرع جوز في تصرف الأب والوصيّ في مال الصغير ما لم يجوز في غيره من تقويم منافع داره في الغصب، وتقويم الجودة في الأموال الربوية للصغير، وما ذاك إلا باعتبار زيادة النظر في مالهما، ثم مع ذلك لمَّا جازت المسافرة بماله مع تنصيص الشرع على القربان بالوجه الأحسن ينبغي أن يجوز بمال الوديعة بالطريق الأوْلَى.

وأمَّا الجواب عن عُرف الناس فإن ذلك مشترك، فقد يكون قصد المودع أن يحمل المال إليه، خصوصاً إذا سافر إلى البلد الذي فيه صاحب المال، ثمَّ فيما قلناه اعتبار لتنصيصه وفيما قاله الخصم اعتبار للعرف المشترك وهو لا يصلح حجة، وترجيح تنصيصه أوْلَى.

وأمَّا الجواب عن الحديث فإن مراد رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم من ذلك بيان الحال في ذلك الوقت، فإن المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار، ألا ترى أنه صلَّى الله عليه وسلَّم فيما أخبر من الأمر بعده قال: «يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية إلى مكة لا تخاف إلا الله تعالى، والذئب على غنمها»، وكلامنا فيما إذا كان الطريق آمنًا كالمصر، فحينئذٍ كانت الأمكنة كلها في صفة الأمن سواء فيجوز.

فإن قيل: على تقدير الأمن يلحق صاحب الوديعة بسبب السفر ضرر أيضاً وهو ضرر المؤنة.

قلنا: مؤنة السفر بالوديعة لا يلحق رب المال وإنما يبقي مؤنة الرد، وذلك على ربها بحكم عقد الوديعة وإنما بعد مكان الرد حكماً للحفظ المنصوص، فكان ممَّا دخل تحت العقد.

فإن قيل: الوكيل بالبيع إذا سافر بالمبيع إلى بلدة أخرى ضمن وإنه مأمور بالحفظ كالمودع.

وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالحِفْظِ المُتَعَارَفِ وَهُوَ الحِفْظُ فِي الأَمْصَارِ وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ. قُلْنَا: مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلْزَمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةَ امْتِثَالِ أَمْرِهِ فَلَا يُبَالِي بِهِ وَالمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي المِصْرِ لَا حِفْظُهُمْ، وَمَنْ يَكُونُ فِي المَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالَهُ فِيهَا، بِخِلَافِ الِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ العَقْدِ.

(وَإِذَا نَهَاهُ المُودِعُ أَنْ يَخْرُجَ الوَدِيعَةِ فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ) لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ إِذِ الحِفْظُ فِي المِصْرِ أَبْلَغُ فَكَانَ صَحِيحًا.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ نَصِيبَهُ مِنْهَا لَمْ يَدْفَعْ

قلنا: الوكيل بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ، وإنما يحفظه بمقتضى الأمر بالبيع؛ لأنه لا يمكنه البيع إلا بعد الحفظ فلا جرم لا يتقيد بمكان الأمر في حق البيع، فإنه لو باعه في مكان آخر صح إذا لم يكن للشيء المبيع حمل ومؤنة، فإذا كان الحفظ يثبت ضرورةً لم يثبت عامًّا؛ لأن المقتضى لا عموم له، وإنما يثبت له ولاية الحفظ بقدر ما يمكنه من البيع، والممكن ثابت في ذلك المصر فلا تثبت له ولاية الحفظ في مكان آخر، كذا في «الأسرار».

قوله: وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ، فإنه إذا استأجر رجلًا شهرًا بدرهم ليحفظ ماله فإنه لا يملك السفر بذلك المال، وإذا سافر ضمن؛ لأنه بالإجارة اشترى منافعه وملكها، ثم الحفظ يقع في الحكم بمنافع هي للمستأجر ويلزمه بحكم ذلك المقام مع المال ليمكنه التسليم كما وجبَ عليه، فإذا خرج صار مخالفًا، ولم تكن هذه المنافع ممَّا دخل تحت العقد، فأمَّا المودع فإنه يحفظ على سبيل المعونة له بمنافع نفسه، فلا يثبت عليه الحجر عن صرف منافعه إلى حيث شاءَ؛ لأنَّها لا تملك عليه إلا بعد التسليم كالعارية، وإذا كان كذلك صارت الوديعة تبعًا له لا أن يكون هو تبعًا للوديعة، كذا في «الأسرار».

قوله: قُلْنَا: مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلْزَمُهُ، هذا جواب أبي حنيفة عن قولهما رحمهم الله.

قوله: وَالمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي المِصْرِ، إلى آخره، جواب عن حرف الشافعي رحمه الله.

إِلَيْهِ حَتَّى يَحْضُرَ الآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبَهُ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: ثَلَاثَةٌ اسْتَوْدَعُوا رَجُلًا أَلْفًا فَغَابَ اثْنَانِ فَلَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَهُ ذَلِكَ، وَالخِلَافُ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، وَهُوَ المُرَادُ بِالمَذْكُورِ فِي المُخْتَصَرِ. لَهُمَا أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ كَمَا فِي الدَّيْنِ المُشْتَرَكِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فَكَذَا يُؤْمَرُ هُوَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِ الغَائِبِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالمُفْرَزِ وَحَقُّهُ فِي المُشَاعِ، وَالمُفْرَزُ المُعَيَّنُ يَشْتَمِلُ عَلَى الحَقَّيْنِ، وَلَا يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلَّا بِالقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ وِلَايَةُ القِسْمَةِ وَلِهَذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالإِجْمَاعِ،

قوله: وَالخِلَافُ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ؛ لأن في قيمة غيرهما معنى البيع، حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه بالإجماع، وهذا هو الصحيح، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَهُوَ المُرَادُ بِالمَذْكُورِ فِي المُخْتَصَرِ، وهو **قوله:** وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً، وإنما ذكر هذا احترازًا عن قول بعض المشايخ حيث قالوا: الاختلاف فيما هو من ذوات الأمثال وفيما هو من ذوات القيم سواء.

وفي المسألة حكاية: فإن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي هميانـًا من ذهب، فخرج أحدهما قبل صاحبه وأخذ الهميان وذهبَ به، ثمَّ خرج الآخر وطالبه بالهميان ولعلهما تواطئا على ذلك، فتحيَّر الحمامي فقيل له: فصِّل هذا الأمر عند أبي حنيفة رضي الله عنه، فذهبوا إليه وقصُّوا عليه القصة فقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقل: دفعتُه إلى صاحبك، ولكن قل: لا أدفعه إليك حتى يحضر صاحبك، فانقطع الرجل وترك الحمامي، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، أي: إذا ظفر به وإن كان في يد المودع.

بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ؛ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا.

قَوْلُهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. قُلْنَا: لَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يُجْبَرَ الْمُودَعُ عَلَى الدَّفْعِ كَمَا إذَا كَانَ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ إنْسَانٍ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ فَلِغَرِيمِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ إذَا ظَفِرَ بِهِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إلَى الآخَرِ وَلَكِنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِهِ فَيَحْفَظُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُقْسَمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الآخَرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَكَذَلِكَ الجَوَابُ

قوله: لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ، أي: حق المديون؛ لأن المديون يقضي بأمثالها فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير، بل يكون المديون متصرفاً في مال نفسه فيجوز.

قوله: وَعَلَيْهِ أَلْفٌ، أي: وعلى المودع.

قوله: فَلِغَرِيمِهِ، أي: فلرب دينه.

قوله: وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ، كالمكيل، والموزون، والثياب المعدودة، وكل ما لا يتعيّب بالتقسيم الحسي.

قوله: وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُقْسَمُ، كالعبد، والثوب الواحد، والطبق، فكل ما لا يهلك، أو يتعيب بالتقسيم الحسي، ثم فيما يقسم لو أبيا القسمة وأودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ما التزماه من الحفظ.

قوله: وَكَذَلِكَ الجَوَابُ ... فِي الْمُرْتَهِنَيْنِ، والمستبضعين والوصيين والعدلين في الرهن على قياس المودعين، وقول أبي حنيفة رحمه الله أقيس؛ لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضاً بأمانة واحد، فإذا كان الحفظ يتأتى منهما عادةً لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل وحده، كذا في «المبسوط».

عِنْدَهُ فِي المُرْتَهِنَيْنِ وَالوَكِيلَيْنِ بِالشِّرَاءِ إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ.

وَقَالا: لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَحْفَظَ بِإِذْنِ الآخَرِ فِي الوَجْهَيْنِ. لَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ إِلَى الآخَرِ وَلا يَضْمَنُهُ كَمَا فِيمَا لا يُقْسَمُ. وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِحِفْظِهِمَا وَلَمْ يَرْضَ بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا كُلِّهِ لِأَنَّ الفِعْلَ مَتَى أُضِيفَ إِلَى مَا يَقْبَلُ الوَصْفَ بِالتَّجَزِّي تَنَاوَلَ البَعْضَ دُونَ الكُلِّ فَوَقَعَ التَّسْلِيمُ إِلَى الآخَرِ مِنْ غَيْرِ رِضَا المَالِكِ فَيَضْمَنُ الدَّافِعُ وَلا يَضْمَنُ القَابِضُ لِأَنَّ مُودِعَ المُودَعِ عِنْدَهُ لا يَضْمَنُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لا يُقْسَمُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَوْدَعَهُمَا وَلا يُمْكِنُهُمَا الِاجْتِمَاعُ عَلَيْهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَأَمْكَنَهُمَا المُهَايَأَةُ كَانَ المَالِكُ رَاضِيًا بِدَفْعِ الكُلِّ إِلَى أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ لا تُسَلِّمْهُ إِلَى زَوْجَتِك فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا لا يَضْمَنُ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا نَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى أَحَدٍ مِنْ عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَى مَنْ لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لا يَضْمَنُ) كَمَا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ دَابَّةً فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى غُلَامِهِ، وَكَمَا إِذَا كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ فِي يَدِ النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى امْرَأَتِهِ وَهُوَ مَحْمَلُ

قوله: وَهُوَ مَحْمَلُ الأَوَّلِ، أي: من رواية «الجامع الصغير» بقوله: فَدَفَعَهَا إِلَى مَنْ لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لا يَضْمَنُ، محمل رواية «القدوري» الذي ذكرها مطلقاً بأنه لا يضمن، حتى إذا كان له منه بدٌّ بأن كانت الوديعة شيئاً خفيفاً يمكن للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه إلى عياله ضمن.

وذكر في «المغني»: وإذا دفع الرجل إلى غيره وديعةً وقال له: لا تدفعها إلى امرأتك فإنِّي أتهمها، أو قال: إلى ابنك، أو قال: إلى عبدك وما أشبه ذلك فدفع إليه، فإن كان لا يجد المودع بدًّا من الدفع إليه بأن لم يكن له عيال سواه لم يضمن بالدفع إليه، وإن كان يجد بدًّا منه فهو ضامن، المودع إذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها: لا تضع في الحانوت فإنه

الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ إِقَامَةُ العَمَلِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ مُفِيدًا فَيَلْغُو (وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ ضَمِنَ) لِأَنَّ الشَّرْطَ مُفِيدٌ لِأَنَّ مِنَ العِيَالِ مَنْ لا يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ وَقَدْ أَمْكَنَ العَمَلُ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ فَاعْتُبِرَ (وَإِنْ قَالَ احْفَظْهَا فِي هَذَا البَيْتِ فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ غَيْرُ مُفِيدٍ، فَإِنَّ البَيْتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ لا يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرْزِ (وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَى ضَمِنَ) لِأَنَّ الدَّارَيْنِ يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرْزِ فَكَانَ مُفِيدًا فَيَصِحُّ التَّقْيِيدُ، وَلَوْ كَانَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ البَيْتَيْنِ ظَاهِرًا بِأَنْ كَانَتِ الدَّارُ الَّتِي فِيهَا البَيْتَانِ عَظِيمَةً وَالبَيْتُ الَّذِي نَهَاهُ عَنِ الحِفْظِ فِيهِ عَوْرَةً ظَاهِرَةً صَحَّ الشَّرْطُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً فَأَوْدَعَهَا آخَرَ فَهَلَكَتْ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الأَوَّلَ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الثَّانِيَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالا: لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ أَيَّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمَّنَ الآخَرَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ) لَهُمَا أَنَّهُ قَبَضَ المَالَ مِنْ يَدِ ضَمِينٍ فَيُضَمِّنُهُ كَمُودَعِ الغَاصِبِ، وَهَذَا لِأَنَّ المَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَةِ غَيْرِهِ، فَيَكُونُ الأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا

مخوف، فتركها فيه حتى سرقت ليلًا إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الحانوت لا يضمن، وإن كان له موضع أحرز من الحانوت فهو ضامن إذا كان قادرًا على الحمل.

قوله: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً فَأَوْدَعَهَا آخَرَ فَهَلَكَتْ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الأَوَّلَ، وحاصله ما ذكر في «الذخيرة» فقال: وليس له أن يدفع الوديعة إلى أجنبي، ولو دفعها فهلكت في يد الثاني إن هلكت قبل أن يفارق الأول الثاني فلا ضمان على واحد منهما بلا خلاف، فإن هلك بعد ما فارق الأولُ الثانيَ فالأول ضامن بلا خلاف، أمَّا الثاني فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن، وعلى قولهما يضمن، وعند ابن أبي ليلى لا ضمان على واحد منهما؛ بناءً على أصله أن للمودع أن يودع غيره.

بِالتَّسْلِيمِ وَالثَّانِي بِالقَبْضِ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ ضَمَّنَ الأَوَّلَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ، وَلَهُ أَنَّهُ قَبَضَ المَالَ مِنْ يَدِ أَمِينٍ لِأَنَّهُ بِالدَّفْعِ لا يَضْمَنُ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ لِحُضُورِ رَأْيِهِ فَلَا تَعَدِّيَ مِنْهُمَا فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الحِفْظَ المُلْتَزَمَ فَيَضْمَنُهُ بِذَلِكَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَمُسْتَمِرٌّ عَلَى الحَالَةِ الأُولَى وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ كَالرِّيحِ إِذَا أَلقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ فَادَّعَاهُ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا لَهُ أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ

قوله: وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ؛ لأنه مغرور من جهته، فإنه أودعه على أنه ملكه وأنه لا يلحقه ضمان إن هلك في يده، فإذا لحقه الضمان رجع عليه، كذا في «المبسوط».

وهذا التعليل يؤيد ما ذكره الإمام التمرتاشي عن أبي اليسر رحمهما الله بقوله: فإذا أودع صار ضمينًا والثاني أخذ المال من الضمين فيضمن كمودع الغاصب، فإن ضمن مودع الغاصب ذكر أبو اليسر: إن لم يعلم أن المودع غاصب يرجع عليه وإن علم لا يرجع، كذا أشار إليه السرخسي رحمه الله، وذكر الحلواني رحمه الله: إن لم يعلم المودع أن هذا مال غصب وزعم الغاصب أنه ملكه يرجع؛ لأنه صار مغرورًا، أمَّا إذا علم أنه غصب في يده هل له أن يرجع؟ فيه شبهة اختلاف الرواية.

قوله: فَلَا تَعَدِّيَ مِنْهُمَا؛ لأن الأول لو دفع إلى الثاني ليحفظه الثاني بحضرته، فهلك عند الثاني لا يضمن الثاني بالاتفاق، بخلاف مودع الغاصب، وإنما يضمن الأول بتركه عند الثاني، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قلتَ: ما الفرق لعلمائنا الثلاثة بين هذا وبين المضارب الذي لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك، فدفع المال مع هذا إلى غيره ولم يعمل المضارب الثاني حتى هلك المال في يده، لم يضمن واحد من المضاربين شيئًا لرب المال، وهاهنا يضمن المودع الأول عند

وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ لَهُمَا فَالأَلْفُ بَيْنَهُمَا وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَى بَيْنَهُمَا) وَشَرْحُ ذَلِكَ أَنَّ دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِهَا الصِّدْقَ فَيَسْتَحِقُّ الحَلِفَ عَلَى المُنْكِرِ بِالحَدِيثِ وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الِانْفِرَادِ لِتَغَايُرِ الحَقَّيْنِ، وَبِأَيِّهِمَا بَدَأَ القَاضِي جَازَ لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ. وَلَوْ تَشَاحَّا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا تَطْيِيبًا لِقَلْبِهِمَا وَنَفْيًا لِتُهْمَةِ المَيْلِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا شَيْءَ لَهُمَا لِعَدَمِ الحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ أَعْنِي لِلثَّانِي يَقْضِي لَهُ لِوُجُودِ الحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ لِلأَوَّلِ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّ الإِقْرَارَ

أبي حنيفة رحمه الله، ويضمن كل واحد من المودعين عندهما.

قلتُ: قد ذكرتُ الفرق في المضاربة بينهما، وهو أن المضارب غير ممنوع من دفع المال إلى غيره، ألا ترى أن له أن يودع المال وأن يبضعه فلا يكون مجرد الدفع موجبًا للضمان على واحد منهما، فأمَّا المودع فغير مأذون بالدفع إلى غيره، فكان الدفع إلى غيره تعديًا منه موجبًا للضمان عليه، ولو وجد صفة التعدي في المضاربة أيضـًا بأن عمل المضارب الثاني بالمال حينئذٍ فيتخير رب المال في التضمين على ما مرَّ، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي.

قوله: وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الِانْفِرَادِ لِتَغَايُرِ الحَقَّيْنِ؛ - لأن كل واحد منهما يدعي ألفًا - **وَبِأَيِّهِمَا بَدَأَ القَاضِي جَازَ**؛ لأنه لا ضرر للآخر في التأخير على تقدير النكول للأول؛ لأنه لا يقضي به حتى نكل الثاني.

قوله: وَإِنْ نَكَلَ أَعْنِي لِلثَّانِي، أي: بعد ما حلف الأول.

قوله: وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ؛ لأنه من حجة الآخر أن يقول: لو بدأت لي بالأستخلاف لكان تنكيلًا أيضـًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله، أي: كان للثاني أن يقول: على تقدير الحلف للثاني لي نصيب في تلك الألف التي نكل فيها لك؛ لأنه إنما نكل لك؛ لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما، فكذا لا يقضي للأول حتى نكل الأول، وأمَّا

حُجَّةٌ مُوجِبَةٌ بِنَفْسِهِ فَيَقْضِي بِهِ، أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً عِنْدَ القَضَاءِ فَجَازَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ لِيَحْلِفَ لِلثَّانِي فَيَنْكَشِفَ وَجْهُ القَضَاءِ، وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الحُجَّةِ، كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ وَيَغْرَمُ أَلْفًا أُخْرَى بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الحَقَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَذْلِهِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ وَذَلِكَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَبِالصَّرْفِ إِلَيْهِمَا صَارَ قَاضِيًا نِصْفَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ بِنِصْفِ حَقِّ الآخَرِ فَيَغْرَمُهُ، فَلَوْ قَضَى القَاضِي لِلْأَوَّلِ حِينَ نَكَلَ ذَكَرَ الإِمَامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَإِذَا نَكَلَ يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ القَضَاءَ

النكول إنما يصير حجة عند القضاء، ولهذا لو نكل ثمَّ حلف لا يلزمه شيئًا.

قوله: فَيَنْكَشِفَ وَجْهُ القَضَاءِ، بأنه يُقضى بالألف لهما أو لأحدهما؛ لأنه لو حلف للثاني فلا شيءَ له والألف كله للأول.

قوله: وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا، كان الألف بينهما، ولذلك يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه القضاء.

قوله: لِأَنَّهُ، أي: لأن المودع المنكر.

قوله: بِبَذْلِهِ - أي: عند أبي حنيفة رحمه الله - أَوْ بِإِقْرَارِهِ، - أي: عندهما - وَذَلِكَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، أي: في حق المودع المنكر.

قوله: وَبِالصَّرْفِ إِلَيْهِمَا صَارَ قَاضِيًا، أي: في زعمه.

قوله: ذَكَرَ الإِمَامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي «شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ» أَنَّهُ يَحْلِفُ لِلثَّانِي، وَإِذَا نَكَلَ يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا، ولم يذكر أنه إذا حلف الثاني ما حكمه؟ وذكر أخوه أبو اليسر رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: فإن حلف يقضى بنكوله للأول، وإن نكل له أيضًا يقضى بنكوله لهما.

لِلْأَوَّلِ لا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ بِالقُرْعَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ لا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي. وَذَكَرَ الخَصَّافُ أَنَّهُ يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ لِلْأَوَّلِ، وَوَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ وَإِنَّمَا نَفَذَ لِمُصَادَفَتِهِ مَحَلَّ الاجْتِهَادِ؛ لِأَنَّ مِنَ العُلَمَاءِ مَنْ قَالَ يَقْضِي لِلْأَوَّلِ وَلا يَنْتَظِرُ لِكَوْنِهِ إِقْرَارَ دَلالَةٍ ثُمَّ لا يَحْلِفُ لِلثَّانِي مَا هَذَا العَبْدُ لِي لِأَنَّ نُكُولَهُ لا يُفِيدُ بَعْدَمَا صَارَ لِلْأَوَّلِ، وَهَلْ يُحَلِّفُهُ بِاللهِ مَا لِهَذَا عَلَيْك هَذَا العَبْدُ وَلا قِيمَتُهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلا أَقَلَّ مِنْهُ. قَالَ: يَنْبَغِي أَنْ يُحَلِّفَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ المُودَعَ إِذَا أَقَرَّ بِالوَدِيعَةِ وَدَفَعَ بِالقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لَهُ وَهَذِهِ

قوله: لِأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ؛ أي: لأن للقاضي يقدم الأول على الثاني إمَّا باختياره.

قوله: وَوَضَعَ المَسْأَلَةَ، أي: الخصاف رحمه الله وضع المسألة.

قوله: مَنْ قَالَ يَقْضِي لِلْأَوَّلِ - أي: بالنكول - وَلا يَنْتَظِرُ لِكَوْنِهِ، أي: لكون النكول.

قوله: ثُمَّ لا يَحْلِفُ لِلثَّانِي مَا هَذَا العَبْدُ لِي، أي: المدعي الثاني يخاطبُ المنكر فيقول: أحلفُ بالله ما هذا العبد لي، أي: لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد ولكن يضم إليه قوله: ولا قيمته؛ لأنه لمَّا أقرَّ به للأول وثبتَ به حق الأول فلا يفيد إقراره به للثاني؛ لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك.

قوله: بِنَاءً عَلَى أَنَّ المُودَعَ إِذَا أَقَرَّ بِالوَدِيعَةِ وَدَفَعَ بِالقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لَهُ، أي: لأبي يوسف رحمهما الله، صورته: رجل أقرَّ بالوديعة لإنسان ثم قال: أخطأتُ بل هي لهذا، كان عليه أن يدفعها إلى الأول؛ لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل، ويضمن للآخر قيمتها لإقراره أنَّها للثاني، وأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول فيكون ضامنًا له قيمتها، وهذا إذا دفعها إلى الأول بعد قضاء القاضي، وكذلك إن دفعها بقضاء القاضي في قول محمد رحمه الله.

فُرَيْعَةُ تِلْكَ المَسْأَلَةِ وَقَدْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ الإِطْنَابِ وَاللهُ أَعْلَمُ.

وأمَّا في قول أبي يوسف رحمه الله لا يكون ضامنًا؛ لأن بمجرَّد إقراره لم يفت على الثاني شيءٌ، وإنما الفوات بالدفع إلى الأول وقد كان ذلك بقضاء القاضي فلا يضمن، ولكن محمد رحمه الله يقول: هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للأول لإقراره، وقد أقرَّ أنه مودع فيها من الثاني، والمودع إذا سلط الغير على أخذ الوديعة يصير ضامنًا للوديعة، كذا في «المبسوط».

ولو قال المودع: أودعنيها أحدكما ولا أدري أيّكما هو، فالمدعيان إذا اصطلحا فيما بينهما على أن يأخذا ذلك الألف منه ببينتهما، كان لهما ذلك وليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما، وبعد الاصطلاح ليس لهما إلى استحلاف المودع سبيل ولا ضمان، وإن لم يصطلحا ولكن ادَّعى كل واحد الألف له وأراد أخذها من المودع ليس له ذلك؛ لأن المقر له مجهول، ولكن لكل واحد أن يستحلف المودع، فإن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله: لهما أن يصطلحا بعد الاستحلاف على أخذ الألف بينهما، وإن نكل قضى بالألف بينهما ويضمن ألفًا أخرى بينهما، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بالألف للذي نكل ولا شيء للذي حلف، وكذا لو قال: عليَّ ألف لهذا أو لهذا، وكل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه الأربعة، هذا وأمثاله كثيرة ذكرها الإمام التمرتاشي رحمه الله في «الجامع الصغير»، وجاز أن يكون مراد صاحب الكتاب بقوله: **وَقَدْ كَانَ فِيهِ بَعْضُ الإِطْنَابِ**، ذلك، والله تعالى أعلم، وصلَّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلَّم.

كِتَابُ العَارِيَةِ

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة.

وأمَّا محاسن العارية فهي النيابة عن الله تعالى؛ لأن المعير نائب عن الله تعالى بإذنه في إجابة المضطر، وكذلك من تحققت حاجته وقصرت قدرته لقصر يده عن تملك العين ببدل وهو الشراء بالاستيعار، وعن تملك المنفعة بعوض بالاستئجار، وهو محتاج إلى الانتفاع، وإلى إزالة الإلتداع، خلَّص اضطرارُه وعيَّل اصطبارُه، قال الله تعالى: ﴿أَمَّن يُجِيبُ ٱلْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ﴾ [النمل: ٦٢]، وكل من أجاب مضطرًّا في إزالة اضطراره كان نائبـًا عن الله تعالى، وكفى به شرفـًا أن يكون العبد نائبًا عن الله تعالى، فشرف الخليفة والقاضي على سائر الناس لهذا، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «السلطان ظل الله تعالى في الأرض»، من حيث أن الناس يتنعمون في حمايته، ويستروحون برعايته، فكذلك المستعير ينتفع بالمستعار بلا التَّمالك، حيث لا أجر له ولا ضمان عليه عند الهلاك، والعارية لا تكون إلا عند محتاج كالقرض، فلذلك زيد ثواب القرض على ثواب الصدقة، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر»؛ لأن القرض لا يقع إلا عند محتاج والصدقة قد تصادف غير محتاج، وقد ذمَّ الله تعالى أقوامـًا لا يتصدقون ولا يعيرون، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَحُضُّ عَلَىٰ طَعَامِ ٱلْمِسْكِينِ ۝٣﴾ [الماعون: ٣]، إلى أن قال: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ٧]، فالماعون ما هو عون لأخيه في حوائجه نحو الفأس والقِدر والقداحة، فإذا منع هذه الأشياء كان هو غاية الشح، عصمنا الله تعالى عن سَفسَاف الأمور وشح الصدور.

فنحتاج هاهنا إلى زيادة بيان في معنى العارية لغةً وشرعًا، وشرط جوازها، ونوعها، وصفتها.

قَالَ: (العَارِيَّةُ جَائِزَةٌ)؛ لِأَنَّهَا نَوْعُ إِحْسَانٍ، وَقَدِ «اسْتَعَارَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ» (وَهِيَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ) وَكَانَ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: هُوَ إِبَاحَةُ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِ الغَيْرِ؛ لِأَنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الإِبَاحَةِ،

فأمَّا اللغة: فقد ذكر في «الصحاح»: العاريَّة بالتشديد كأنَّها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب، والعارة مثل العارية، ولكن ذكر في «المغرب»: العارية فعلية منسوبة إلى العارة، اسم من الإعارة، كالغارة من الإغارة، وأخذها من العَار الغَيب أو العُري خطأ، وما ذكر في «المغرب» يرى أنه هو المعول عليه، ألا ترى أن النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم باشر الاستعارة، فلو كان العار في طلبها لما كان باشرها، فإن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم موصوف بالأخلاق المهذَّبة المكرَّمة والنعوت المعظَّمة.

وفي «المبسوط»: وقيل: هي مشتقة من التعاور وهو التناوُب، فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه إلى أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضًا لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين، فلا تعود النوبة إليه في تلك العين لتكون العارية حقيقةً، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها.

وأمَّا تفسيرها شرعًا: فهي عند عامَّة العلماء عبارة عن تمليك المنافع بغير عوضٍ، وأمَّا عند الكرخي رحمه الله هي عبارة عن إباحة الانتفاع بملك الغير لا بملك المنفعة.

وأمَّا بيان شرط جوازها: فقد ذكر في «المغني» شرط جواز الإعارة كون العين قابلًا للانتفاع به مع بقاء العين حتى كانت إعارة الدراهم والدنانير والفلوس قرضًا؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء مع بقاء عينها، فتعذر العمل بحقيقة الإعارة فجعلناها كناية عن القرض.

وأمَّا بيان أنواعها: فهي على أربعة أوجه على ما يجيء في الكتاب.

وأمَّا بيان صفتها: فهي غير لازمة، وللمعير أن يرجع فيها متى شاء، ويرتفع بمجرد النهي، ويبطل بموت أحدهما، وإنَّها أمانة عندنا.

قوله: هُوَ إِبَاحَةُ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِ الغَيْرِ، وهو قول الشافعي رحمه الله أيضًا، كذا في «الإيضاح».

وَلا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ المُدَّةِ، وَمَعَ الجَهَالَةِ لا يَصِحُّ التَّمْلِيكُ وَلِذَلِكَ يَعْمَلُ فِيهَا النَّهْيُ، وَلا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ مِنْ غَيْرِهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ التَّمْلِيكِ، فَإِنَّ العَارِيَّةَ مِنَ العَرِيَّةِ وَهِيَ العَطِيَّةُ وَلِهَذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ، وَالمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالأَعْيَانِ. وَالتَّمْلِيكُ نَوْعَانِ: بِعِوَضٍ، وَبِغَيْرِ عِوَضٍ. ثُمَّ الأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوْعَيْنِ،

قوله: وَمَعَ الجَهَالَةِ لا يَصِحُّ التَّمْلِيكُ، أي: مع جهالة المدَّة لا يصح تمليك المنافع كما في الإجارة، أمَّا الجهالة لا تمنع صحة الإباحة بدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر، ومن تملك شيئًا بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالموهوب له، والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير؛ لأن المنفعة تحتمل التمليك بعوض، فتحتمل التمليك بغير عوض أيضًا كالعين، والدليل عليه أن للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، والمباح له لا يتفاوت الناس في الانتفاع ثمَّة، والمباح له لا يملك أن يبيح غيره.

والعارية تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ، بأن يقول: ملكتك منفعة داري هذه شهرًا، كذا في «المبسوط»، وَلِهَذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ، وتفسير ذلك ما ذكرنا من «المبسوط» بأن يقول: ملكتك منفعة داري هذه شهرًا، أو جعلتُ لك سكنى داري هذه شهرًا.

قوله: وَالمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالأَعْيَانِ، هذا جواب عن قول الكرخي، وهو أيضًا قول الشافعي رحمهما الله، فإنه يقول: العارية إطلاق وإباحة لا تمليك عمل؛ لأن الأصل أن لا يصح إيراد العقد على المنافع؛ لأنَّها كما توجد يتلاشى غير أن في باب الإجارة جعلنا المنافع المعدومة موجودة لمكان الضرورة، ولا حاجة هاهُنا إلى قلب الحقيقة، ذكره في «الإيضاح».

قوله: وَلِذَلِكَ يَعْمَلُ فِيهَا النَّهْيُ، بأن يقول المعير للمستعير بعد إعارة الحمار المركوب مثلًا للركوب: لا يُركب، يعمل نَهيُه وكان هو رجوعًا عن العارية فلا يحل للمستعير ركوبه بعد ذلك، ولو أخذ حماره للركوب إلى مدَّة ثم قال للمستأجر قبل مضي المدَّة: لا تركب، لا يعمل نهيه بل للمستأجر أن يركب كما قبل النهي باعتبار معنى التمليك في الإجارة وعدم التمليك في العارية.

فَكَذَا المَنَافِعُ، وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، وَلَفْظَةُ الإِبَاحَةِ أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ، كَمَا فِي الإِجَارَةِ، فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الإِبَاحَةِ، وَهِيَ تَمْلِيكٌ. وَالجَهَالَةُ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ؛ لِعَدَمِ اللُّزُومِ فَلَا تَكُونُ ضَائِرَةً. وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ بِالقَبْضِ وَهُوَ الِانْتِفَاعُ. وَعِنْدَ ذَلِكَ لا جَهَالَةَ، وَالنَّهْيُ مَنَعَ عَنِ التَّحْصِيلِ فَلَا يَتَحَصَّلُ المَنَافِعَ عَلَى مِلْكِهِ. وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعَرْتُكَ)؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الأَرْضَ)؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ (وَمَنَحْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ الهِبَةَ)؛ لِأَنَّهُمَا

قوله: فَكَذَا المَنَافِعُ، أي: تقبل التمليك بعوض وبغير عوض، فبالتعوض الإجارة، وبغير التعوض العارية.

قوله: وَهُوَ الِانْتِفَاعُ، أي: ولأن ملك المنفعة يثبت للمستعير بقبض المنفعة، فلذلك فسَّره **بقوله**: وَهُوَ الِانْتِفَاعُ، ولأن قوله بعد هذا بخطوط: فَالتَّمْلِيكُ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ القَبْضُ، يدل على أن المراد من **قوله**: بِالقَبْضِ، قبض المنفعة.

قوله: وَالنَّهْيُ مَنَعَ عَنِ التَّحْصِيلِ، جواب **لقوله**: وَلِذَلِكَ يَعْمَلُ فِيهَا النَّهْيُ، أي: عمل النهي فيه لا لاعتبار أنه ليس في العارية تمليك المنفعة، بل عمل نهي المعير باعتبار أنه يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد، وكان له ذلك باعتبار أن عقد العارية عقد غير لازم، فكان للمعير الرجوع عن ما ملك المستعير أيّ وقت شاء كما في الهبة بل أَوْلَى؛ لأن ذلك في العين وهذا في المنفعة التي لم توجد.

قوله: فَلَا يَتَحَصَّلُ المَنَافِعَ عَلَى مِلْكِهِ، يعني: بعد ما منع المعير المستعير عن تحصيل المنافع التي لم توجد بعد، فبعد ذلك لا يتحصل المنافع على ملك المعير، وللمعير تلك الولاية ثابتة وهو أن يمنع غيره عن الانتفاع بملكه.

قوله: وَمَنَحْتُكَ، أي: أعطيتك المنحة، والمنيحة الناقة أو الشاة الممنوحة، من المنح

لِتَمْلِيكِ العَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الهِبَةَ تُحْمَلُ عَلَى تَمْلِيكِ المَنَافِعِ تَجَوُّزًا.

قَالَ: (وَأَخْدَمْتُكَ هَذَا العَبْدَ)؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي اسْتِخْدَامِهِ (وَدَارِي لَك سُكْنَى)؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ سُكْنَاهَا لَك (وَدَارِي لَكَ عُمْرَى سُكْنَى)؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ سُكْنَاهَا لَهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ. وَجَعَلَ قَوْلَهُ سُكْنَى تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ لَكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ المَنَافِعِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ بِدَلَالَةِ آخِرِهِ.

قَالَ: (وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي العَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «المِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ» وَلِأَنَّ المَنَافِعَ تُمْلَكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِهَا فَالتَّمْلِيكُ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ القَبْضُ فَيَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَالعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ،

وهو أن يعطي الرجلُ الرجلَ ناقة أو شاة يشرب لبنها ثمَّ يردها إذا ذهب درّها، ثم كثر حتى قيل في كل من أعطي شيئـًا منح.

قوله: وَالعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ، وإن تعدَّى ضمن بالإجماع نحو أن يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا تحمله، وكذلك إذا استعملها ليلًا ونَهارًا ممَّا لا يستعمل مثلها من الدواب في العرف فعطبت ضمن قيمتها؛ لأن العارية المطلقة تخص بالعرف، والمعروف بالعرف كالمشروط باللفظ، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْمَنُ؛ أي: إذا هلكت في غير حالة الاستعمال، أمَّا إذا هلكت في حالة الاستعمال لا يضمن بالاتفاق؛ لأنه فعله في الاستعمال منقول إلى المالك، فإنه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنًى، كذا في «المبسوطين».

قوله: لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ، هذا احتراز عن الوديعة، فإن قبض المودع هناك

لا عَنِ اسْتِحْقَاقٍ فَيَضْمَنُهُ، وَالإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الإِنْتِفَاعِ فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ وَصَارَ كَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ. وَلَنَا أَنَّ اللَّفْظَ لا يُنْبِئُ عَنِ إِلتِزَامِ الضَّمَانِ؛

لأجل منفعة صاحب الوديعة لا لمنفعة نفسه.

قوله: لا عَنِ اسْتِحْقَاقٍ، أي: لا عن استحقاق قبض بحيث لا ينقصه الآخر بدون رضاه، هذا احتراز عن الإجارة، فإن قبض المستأجر مستحق له حتى لا يملك المالك الاسترداد قبل مضي مدَّة الإجارة فيضمنه كالغصب.

قوله: فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا وَرَاءَهُ، أي: فلا يظهر بإذن المالك فيما وراء الانتفاع والقول بسقوط الضمان وراء الإنتفاع، فلا يظهر الإذن في حقه فصار في حق الضمان كأنه لم يأذن.

قوله: وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ، أي: مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب، بخلاف عين الوديعة والإجارة.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ لا يُنْبِئُ – أي: أن عقد العارية لا ينبئ – **عَنِ إِلتِزَامِ الضَّمَانِ**، إلى آخره.

فإن قلتَ: لو تمسك الخصم بدلائل من السنة والمعقول، فأمَّا السنة فقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «العارية مضمونة»، «واستعار رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم من صفوان دروعًا في حرب هوازن فقال له: أغصبًا يا محمد؟ فقال: لا بل عاريةً مضمونةً مؤدَّاةً»، وكتب في عهد بني نجران: «وما يعار رُسلي فهلكت في أيديهم فضمانها على رُسُلي»، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «على اليد ما أخذت حتى ترد»، والأخذ إنما يطلق في موقع يأخذ المرأ لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية؛ لأن المستعير يقبضه لينتفع به لا ليكون نائبًا عن المعير فيه، وهذا الوصف هو المعوّل عليه في القياس، حتى أن أخذ مال الغير لنفسه سبب ضمان بالإجماع كالغصب، وإنما يسقط الضمان بقدر ما يصير حقًّا له شرعًا.

وذلك في مسألتنا هذه في المنفعة دون العين، فإن العقد ما يتناول العين فإنَّها وردت على المنفعة نصًّا ولم يتعد إلى العين اقتضاءً، بدليل أنه لا يستحق على المعير قبض العين

لِأَنَّهُ لِتَمْلِيكِ المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ لِإِبَاحَتِهَا، وَالقَبْضُ لَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا لِكَوْنِهِ مَأْذُونًا

بسبب هذه المنفعة، فيصير في حق العين كالقابض بغير إذن كما في سوم الشراء، فإن المالك رضيَ بقبضه للشراء لا بوجه آخر، والشراءُ غير متناول للعين في الحال فصار في حق العين كأنه قبض بلا إذن، بخلاف المودع؛ لأنه قبضه لرب الوديعة لا لنفسه، ولهذا لم يكن عليه مؤنة رد الوديعة وفي العارية على المستعير، ألا ترى أنَّها لو هلكت عنده ثم جاء مستحق فاستحق الوديعة وضمنه رجع بالضمان على المودع، وفي مسألتنا لا يرجع المستعير بمثله على المعير، وبخلاف المستأجر؛ لأن حكم العقد تعدى إلى العين؛ لأنه وجب على المؤاجر تسليم العين إلى المستأجر، وكذلك الموصى له بخدمة عبد يتعدى وصيته إلى العين، فإن الوارث يلزمه تسليم العين إليه، ولما تعدى إلى العين صار بمنزلة من أوصى له بالعين، ما جوابنا عنها؟

قلتُ: احتج فيه أصحابنا أيضـًا بالسنة والمعقول وأجابوا عمَّا تمسك به، فبقي دليلنا سالمـًا لإثبات المذهب على المعارض.

أمَّا السنة فقد روى القاضي الإمام أبو جعفر محمد بن عمرو عن القاضي الخليل بن أحمد بإسناده عن أبي الزبير المكي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهم عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان»، والمغل هو الخائن، فقد نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة، والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع بها بإذن صحيح، فلا يكون مضمونة عليه كالمستأجر، وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران، وذلك لا يتحقق إلا بعد تفويت شيء على المالك وبالإذن الصحيح ينعدم التفويت، ألا ترى أن القبض في كونه موجبًا للضمان لا يكون فوق الإتلاف، ثم الإتلاف بالإذن لا يكون موجبًا للضمان فالقبض أَوْلَى، ولا يجوز أن يجب الضمان هنا باعتبار العقد؛ لأن العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة، فإن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الغرور عندنا.

أماَّ الجواب عمَّا تمسك به فقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «العارية مضمونة»، أي: ضمان الرد؛ لأنه جعل الضمان صفةً للعين على وجه الخبر، وحقيقة ذلك في ضمان الرد؛ لأنه يبقى ببقاء العين، وحديث صفوان فقد قيل أنه أخذ تلك الدروع بغير رضاه، وقد دل عليه قوله:

فِيهِ، وَالإِذْنُ وَإِنْ ثَبَتَ لِأَجْلِ الِانْتِفَاعِ فَهُوَ مَا قَبَضَهُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ فَلَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا،

«أغصباً يا محمد؟»، إلا أنه كان محتاجاً إلى السلاح فكان الأخذ له حلالًا ولكن بشرط الضمان، كمن أصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان، وقيل: المراد به ضمان الرد، وقوله: «مؤدَّاة» تفسير لذلك، كما يقال: فلان عالم فقيه، فيعلم باللفظ الثاني أن المراد بالعلم الأول علم الفقه، وقيل: كان هذا من رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم اشتراط الضمان على نفسه، والمستعير وإن كان لا يضمن بالشرط على ما ذكره في «المنتقى»، ولكن صفوان كان يومئذٍ حربيًّا، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين.

وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «وما يعار رُسلي فهلكت على أيديهم»، أي: استهلكوها؛ لأنه يقال: هلك في يده، إذا كان بغير صنعه، وهلك على يده إذا استهلكه، وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «على اليد ما أخذت حتى ترد»، يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه، إنَّما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين.

وأمَّا قوله: فإن العقد ما تناول العين، فإنَّها وردت على المنفعة نصًّا، إلى آخره، وهذا عكس في الاستدلال؛ وذلك لأن ما تناوله العقد وهو المنفعة لمَّا لم يصر مضمونًا بهذا العقد، فما لم يتناوله العقد وهو العين أوْلَى أن لا يصير مضمونًا، وَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ إنما كان مضمونًا ضمان العقد، والإذن يقرّر ضمان العقد؛ ولأن المالك هناك ما رضي بقبضه إلا بجهة العقد، ففيما وراء العقد كان هو مقبوضًا بغير إذنه، وإنما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق؛ لأن الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور أو بسبب العيب، وذلك مختص بعقد المعاوضة فإنه يقتضي السلامة عن العيب، وأمَّا عقد التبرع فلا يقتضي ذلك واقتصر الضمان على المستعير؛ لأن المستعير إنما يضمن بأخذه وأخذه لنفسه، بخلاف المودع؛ لأنه يعمل للآمر، ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال؛ بل لأن منفعة الردِّ حصلت له والرد فسخ لذلك النقل، فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل، فإن الخراج بالضمان، ولهذا كانت المنفعة عليه أيضاً، ولهذا أوجبنا مؤنة الرد على المُوصى له بالخدمة أيضاً، وأمَّا ضمان العين فإنما يجب على من فوّت شيئاً على المالك بقبضه كالغاصب، ولم يوجد ذلك إذا كان القبض بإذنه، هذا كله من «المبسوط»، و«الأسرار».

وَإِنَّمَا وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً كَنَفَقَةِ المُسْتَعَارِ فَإِنَّهَا عَلَى المُسْتَعِيرِ لا لِنَقْضِ القَبْضِ.

وَالمَقْبُوضُ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالعَقْدِ؛ لِأَنَّ الأَخْذَ فِي العَقْدِ لَهُ حُكْمُ العَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛ فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّ الإِعَارَةَ دُونَ الإِجَارَةِ وَالشَّيْءُ لا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَلِأَنَّا لَوْ صَحَّحْنَاهُ لا يَصِحُّ إِلَّا لازِمًا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيطٍ مِنَ المُعِيرِ، وَفِي وُقُوعِهِ لازِمًا زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِالمُعِيرِ لِسَدِّ

قوله: وَإِنَّمَا وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً كَنَفَقَةِ المُسْتَعَارِ فَإِنَّهَا عَلَى المُسْتَعِيرِ، قال الإمام أبو علي النسفي رحمه الله حاكيًا عن أستاذه: إن المستعير لا يجبر على الإنفاق على العارية؛ لأنه لا لزوم في العارية، ولكن يقال للمستعير: أنت أحق بالمنافع، فإن شئت فانفق عليه ليحصل لك المنفعة، وإن شئت فخل يدك عنه، أما أن يجبر على الإنفاق فلا.

قال أبو نصر رحمه الله: لو أن رجلًا استعار من رجل عبدًا فطعام العبد على المستعير، ولو أن مولى العبد أعار العبد فطعامه على المعير، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: يعني إذا قال مولى العبد: خذ عبدي واستخدمه، من غير أن يستعيره المستعير فإن هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه، وأمَّا الكسوة فعلى المعير في الأحوال كلها، كذا في «الذخيرة».

والمعنى: لا لِنَقْضِ القَبْضِ، بخلاف الغصب، فإن ثمَّة وجب الرد لنقض القبض، فإذا لم يوجد الرد يجب الضمان عليه، وهاهنا القبض بالإذن فلا يكون مضمونًا عليه.

قوله: وَلِأَنَّا لَوْ صَحَّحْنَاهُ، إلى **قوله**: بِتَسْلِيطٍ مِنَ المُعِيرِ، جواب لشبهة ذكرت في «المبسوط» بقوله:

فإن قيل: كان ينبغي أن يملك المستعير الإجارة؛ لأنه مالك للمنفعة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق الغير في الاسترداد عذرًا في نقض الإجارة.

قلنا: لو ملك المستعير الإجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد

بَابِ الِاسْتِرْدَادِ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ فَأَبْطَلْنَاهُ، وَضَمِنَهُ حِينَ سَلَّمَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَتَنَاوَلْهُ العَارِيَةُ كَانَ غَصْبًا، وَإِنْ شَاءَ المُعِيرُ ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ لا يَرْجِعُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ المُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ عَلَى المُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ عَارِيَةً فِي يَدِهِ دَفْعًا لِضَرَرِ الغُرُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ.

قَالَ: (وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المُسْتَعْمِلِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةُ المَنَافِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَالمُبَاحُ لَهُ لا يَمْلِكُ الإِبَاحَةَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهَا مَوْجُودَةً فِي الإِجَارَةِ لِلضَّرُورَةِ. وَقَدْ انْدَفَعَتْ بِالإِبَاحَةِ هَاهُنَا. وَنَحْنُ نَقُولُ: هُوَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَيَمْلِكُ الإِعَارَةَ كَالمُوصَى لَهُ بِالخِدْمَةِ، وَالمَنَافِعُ اُعْتُبِرَتْ قَابِلَةً لِلْمِلْكِ فِي الإِجَارَةِ فَتُجْعَلُ كَذَلِكَ فِي الإِعَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا لا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ

بتسليطه، فلا يتمكَّن من نقضه بعد ذلك وضمنه حين سلمه، وذكر في «الذخيرة»: وإذا آجر صار ضامنًا وكان الأجر له يتصدَّق به، وله أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة، كذا ذكر النظائر الإمامُ التمرتاشي رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: وهل للمستعير أن يعير؟ فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الإعارة مطلقة، وفي هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئًا يتفاوت الناس في الانتفاع منه أو لا يتفاوت، حتى أن من استعار دابة للركوب ولم يبين الراكب، أو استعار ثوبًا للبس ولم يبين اللابس فله أن يعير للركوب واللبس، وإن كان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس على ما هو المذكور في الكتاب.

قوله: وَإِنَّمَا لا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ المُسْتَعْمِلِ، هذا جوابٌ لسوال مقدر وهو

بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُعِيرِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِهِ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهَذَا إِذَا صَدَرَتِ الإِعَارَةُ مُطْلَقَةً. وَهِيَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الوَقْتِ وَالِانْتِفَاعِ وَلِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ أَيَّ نَوْعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ عَمَلًا بِالإِطْلَاقِ. وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَّاهُ عَمَلًا بِالتَّقْيِيدِ إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ أَوْ إِلَى خَيْرٍ مِنْهُ وَالحِنْطَةُ مِثْلُ الحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرُ خَيْرٌ مِنَ الحِنْطَةِ إِذَا كَانَ كَيْلًا.

أن يقال: إن العارية لو كانت لتمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة إعارة المستعير بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك.

قوله: وَهَذَا - أي: ما ذكره من ولاية الإعارة للمستعير - إِذَا صَدَرَتِ ... مُطْلَقَةً، أي: عن الوقت والانتفاع.

قوله: وَهِيَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ، وهذه القسمة على هذه الأوجه الأربعة ضرورية؛ لأن الشيئين وهما الإطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقت والانتفاع، فكانت أربعة لا محالة كما ذكرناه في بيع الصرف؛ وذلك لأنه إمَّا أن يكون العارية مطلقة في الوقت والانتفاع، أو مقيدة فيهما، أو مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع، أو على العكس، إلا إذا كان خلافًا إلى مثل ذلك بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى، أو استعمار ليحمل عليها حنطة نفسه، فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه؛ لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدًا وهذا التقييد لايفيد شيئًا، أو خيرًا منه بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة، فحمل عليها عشرة أقفزة شعير في القياس يكون ضامنًا؛ لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لا ينفذ بيعه، وفي الاستحسان لا يكون ضامنًا؛ لأنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة؛ لأن مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون أخف على الدابة، وقد بيَّنا أنه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدًا دون ما

وَالثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الوَقْتِ مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الِانْتِفَاعِ. وَالرَّابِعُ: عَكْسُهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى مَا سَمَّاهُ، فَلَوِ اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَمِّ شَيْئًا لَهُ أَنْ يَحْمِلَ وَيُعِيرَ غَيْرَهُ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لا يَتَفَاوَتُ. وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرْكِبَ غَيْرَهُ وَإِنْ كَانَ الرُّكُوبُ مُخْتَلِفًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أُطْلِقَ فِيهِ فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَ، حَتَّى لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ رُكُوبُهُ، وَلَوْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ حَتَّى لَوْ فَعَلَهُ ضَمِنَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الإِرْكَابُ.

لا يفيد شيئاً، حتى قيل: لو سمَّى مقدارًا من الحنطة وزنًا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر ممَّا تأخذه الحنطة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى مَا سَمَّاهُ، أي: يجبُ عليه العمل بالتقييد في الصورتين.

قوله: وَلَوْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ، أي: يركب الدابة على تأويل الحيوان، أو الحمار، أو البغل.

قوله: حَتَّى لَوْ فَعَلَهُ ضَمِنَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الإِرْكَابُ، وهذا الذي ذكره اختيار فخر الإسلام البزدوي رحمه الله، وأمَّا على قول غيره له أن يركبه بعد الإركاب.

وذكر في «الذخيرة» في هذا الموضع: ولكن إنما يُعير لغيره إذا لم يركب بنفسه أو لم يلبس بنفسه، وأمَّا إذا ركب أو لبس بنفسه فقد اختلفت المشايخ فيه، قال بعضهم: ليس له أن يعير ولو أعار ضمن، وهذا اختيار الشيخ الإمام فخر الإسلام البزدوي رحمه الله، وقال بعضهم: له أن يعير وإذا أعار لا يضمن، وهو اختيار شمس الأئمَّة وشيخ الإسلام رحمهم الله، وكذلك في الابتداء لو أركب غيره أو ألبس غيره، ثمَّ أراد أن يركب أو يلبس بنفسه ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا، وهكذا ذكر الاختلاف الإمام قاضي خان رحمه الله أيضاً.

وذكر في الكتاب أن المستعير لا يملك الإجارة ويملك الإعارة، ولم يذكر الإيداع أجنبيًا واختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: يملك فيما يملك الإعارة، وبه أخذ الفقيه

قَالَ: (وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ وَالمَعْدُودِ قَرْضٌ)؛ لِأَنَّ الإِعَارَةَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ، وَلا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهَا إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا فَاقْتَضَى تَمْلِيكُ العَيْنِ ضَرُورَةً وَذَلِكَ بِالهِبَةِ أَوْ بِالقَرْضِ وَالقَرْضُ أَدْنَاهُمَا فَيَثْبُتُ. أَوْ لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّةِ

أبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمهما الله؛ لأن الإيداع دون الإعارة، فإذا ملك الإعارة فيما لا يتفاوت فيه الناس ملك ما دونها، وقال بعضهم: لا يملك الإيداع وهو الصحيح؛ لأن الإعارة تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة، وتسليم العين من ضرورات ذلك، أمّا الإيداع تصرف في ملك الغير وهو العين، وصاحب العين لم يرضَ بالدفع إلى غيره، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

ولكن رجح في «الفوائد الظهيريَّة» جانب جواز الإيداع وقال: وبه أخذ مشايخ العراق، والفقيه أبو الليث، وأبو بكر محمد بن الفضل، والصدر الكبير برهان الأئمة رحمهم الله تعالى، ثم قال: وعليه الفتوى.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: واختلف في المستعير هل يودع؟ قيل: كالمودع وإليه ذهب الكرخي رحمه الله، وقال البقالي رحمه الله: وهذا أصح، وذكر في «شرح الطحاوي» رحمه الله: وكان الشيخ الإمام أبو الحسن رحمه الله يقول: لا يجوز الإيداع، واستدل بمسألة ذكرها في «الجامع الصغير»، وهو أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يدي الرسول ضمن المستعير العارية، وليس ذلك إلا إيداع منه.

قوله: وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، بأن قال: أعرتُ دراهمي هذه لك، كان بمنزلة قوله: أقرضتُك هذه الدراهم، والدليل على أن صورتها ما ذكرت ما قاله الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله فيمن قال لآخر: أعرتك هذه القصعة من الثَّريد فأخذها وأكلها فعليه مثلها أو قيمتها، بناءً على ما قلنا: أن إعارة ما لم يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحة، كذا في «المغني».

قوله: وَذَلِكَ بِالهِبَةِ أَوْ بِالقَرْضِ وَالقَرْضُ أَدْنَاهُمَا، لكونه متيقنًا به، كذا في «المبسوط»،

الإِعَارَةِ الِانْتِفَاعَ وَرَدَّ العَيْنِ فَأُقِيمَ رَدُّ المِثْلِ مَقَامَهُ. قَالُوا: هَذَا إِذَا أَطْلَقَ الإِعَارَةَ. وَأَمَّا إِذَا عَيَّنَ الجِهَةَ بِأَنِ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا أَوْ يُزَيِّنَ بِهَا دُكَّانًا لَمْ يَكُنْ قَرْضًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا المَنْفَعَةُ المُسَمَّاةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ آنِيَةً يَتَجَمَّلُ بِهَا أَوْ سَيْفًا مُحَلًّى يَتَقَلَّدُهُ. قَالَ: (وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا جَازَ وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَ البِنَاءِ وَالغَرْسِ) أَمَّا الرُّجُوعُ فَلِمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا الجَوَازُ فَلِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ تُمْلَكُ بِالإِجَارَةِ فَكَذَا بِالإِعَارَةِ. وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ بَقِيَ المُسْتَعِيرُ شَاغِلًا أَرْضَ المُعِيرِ فَيُكَلَّفُ تَفْرِيغَهَا، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ العَارِيَّةَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ

أو لأن القرض أدناهما؛ لأنه أقل ضررًا على المعطي؛ لأنه يوجب رد المثل بخلاف الهبة، وما هو أقل ضررًا فهو الثابت يقينًا، حتى لو قال لآخر: وكلتك في مالي كان وكيلًا في الحفظ لا غير؛ لأنه أقل ضررًا على الأمر.

قوله: بِأَنِ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَيِّرَ بِهَا مِيزَانًا، الصواب: لِيُعَايِرَ، قال في «المغرب»: وقوله: استعار دراهم ليعيِّر بها صَنْجاتَه، أي: ليُسوّيَ، ثم قال: الصواب: ليُعايرَ، يقال عايَرْتُ المكاييْل والموازين، إذا قايَسْتُها، والعِيارُ المعيار الذي يُقاس به غيره.

وفي «الصحاح»: عايروا بين مكاييلكم وموازينكم، ولا تقل: عَيِّروا.

قوله: وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَ البِنَاءِ وَالغَرْسِ، بفتح الغين وبكسرها، إلى هذا أشار في «المغرب».

قوله: أَمَّا الرُّجُوعُ فَلِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي العَارِيَّةِ مَتَى شَاءَ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، إلى آخره.

قوله: فَيُكَلَّفُ تَفْرِيغَهَا، قال الإمام التمرتاشي رحمه الله: يخيّر المستعير على القلع، إلا أن يكون في ذلك مضرة بالأرض يترك بقيمتها مقلوعة.

قوله: ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ العَارِيَّةَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، أي: على المعير بسبب نقض البناء

الْمُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ حَيْثُ اعْتَمَدَ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ مِنْهُ الْوَعْدُ وَإِنْ كَانَ وَقَّتَ الْعَارِيَّةَ وَرَجَعَ قَبْلَ الْوَقْتِ صَحَّ رُجُوعُهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ خُلْفِ الْوَعْدِ (وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِالْقَلْعِ)؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ

والغرس، وليس للمستعير أن يضمن المعير قيمة الغرس والبناء ويترك ذلك عليه، وعلى قول مالك رحمه الله له أن يترك الغرس والبناء على صاحب الأرض ويضمِّنه القيمة؛ لأنه صار مغرورًا من جهته فكان له أن يضمنه القيمة، كما لو كانت الإعارة مؤقتة واستردها قبل مضيّ الوقت كان له أن يُضمنه قيمة الغرس والبناء.

وإنا نقول: بأن الإعارة شرعت غير لازمة فكان له ولاية الاسترداد في كل وقت، فإذا وقت الإعارة فقد وعد له الترك في تلك المدة، فإذا أخلف الوعد صار مغرورًا من جهته، بخلاف ما إذا أطلق، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِالْقَلْعِ، يعني: في الوقت، وهذا عندنا، وعلى قول زُفر رحمه الله هاهنا أيضًا لا يضمن كما في المطلق؛ وذلك لأن التوقيت في العارية غير مُلزم إيَّاه شرعًا كأصل العقد، والدليلُ على أنه غير ملزم إيَّاه أنه يتمكن من إخراجه قبل مضي ذلك الوقت، فكان قول زفر على مضادة قول مالك رحمهما الله في الصورتين، وقلنا بالفصل بينهما، فقلنا في المطلق كقول زفر رحمه الله، وفي الوقت كقول مالك رحمه الله، وحجتنا في ذلك وهو الفرق بين الفصلين أن المعير بالتوقيت يصير عارًّا للمستعير؛ لأنه نصَّ على ترك الأرض في يده وقرار بنائه فيها في المدة التي سمي، وإذا لم يفِ بذلك صار غارًّا له، وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار، بخلاف ما إذا أطلق فهُناك المعير لم يصر غارًّا، ولكن المستعير مُغيّر بنفسه حتى ظنَّ أنه بمطلق العقد يتركها في يده مدَّة طويلة، ولكن قد بيَّنا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان سببًا للرجوع، وذلك لا يوجد هاهنا فإن المعير لم يباشر عقد ضمان، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ - فيه - مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الْوَفَاءُ بِالْعَهْدِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ، فإن قلتَ: قد ذكرتَ قبل هذا قبيل كتاب الإقرار في آخر باب

مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الوَفَاءُ بِالعَهْدِ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ. كَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي المُخْتَصَرِ. وَذَكَرَ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبُّ الأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَيَكُونَانِ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ المُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا

دعوى النسب في مسألة الغرور ناقلًا عن «المبسوط»، وكذا ذكرت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع ناقلًا من «شرح الجامع الصغير»: أن المغرور إنما يرجع بما لحقه من الضرر على الغار إذا كان الغرور في ضمن عقد المعاوضة لا في غيره، حتى لو قال لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكَ هذا الطريق وأخذه اللصوص لا يرجع على الغار بما هلك من ماله، ثم هاهنا إن عقد العارية عقد تبرع سواء وقت أو لم يوقت، فإنه بالتوقيت لا يلحق بالعقود اللازمة حتى أن المعيّر بعد التوقيت كان له الرجوع عن توقيته ويأخذ المستعار قبل مضي الوقت، فلمَّا كان كذلك كيف جاز رجوع المغرور على الغار بسبب الغرور الثابت في ضمن عقد التبرع؟ ولا يرجعُ الموهوب له بما لحقه من ضمان الاستحقاق على الواهب؛ لما أن الغرور تعين في ضمن عقد التبرع.

قلتُ: كنتُ في غمة هذه الشبهة زمانًا، واختناق هذه العقدة أوانًا حتى وجدتُّ كشفها في إشارة «المبسوط» في هذه المسألة، وحاصل ذلك راجعٌ إلى الإلتزام المعنوي لا إلى وجود الغرور، فقال في «المبسوط»: والوجه فيه أن يقول: إن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، فلا حاجة إلى التوقيت في تصحيح العارية شرعًا، ثم لمَّا وقت المعير مع ذلك لا بدَّ من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى، وليس ذلك إلا إلتزام قيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبله، فصار تقدير كلامه كأنه قال: ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى كذا من المدَّة، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي، فإذا بدا له في الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره.

قوله: أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبُّ الأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ، يعني بكم يشتري بشرط قيامه إلى المدة المضروبة، كذا في «شرح الكافي».

قوله: إِلَّا أَنْ يَشَاءَ المُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا، وفي «الإيضاح»: وإن شاء المستعير قلع

وَلَا يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُمَا فَيَكُونَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ. قَالُوا: إِذَا كَانَ فِي القَلْعِ ضَرَرٌ بِالأَرْضِ فَالخِيَارُ إِلَى رَبِّ الأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ وَالمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالأَصْلِ، وَلَوِ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ حَتَّى يَحْصُدَ الزَّرْعَ وَقَّتَ أَوْ لَمْ يُوَقِّتْ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ فَيُقْلَعُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المَالِكِ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَارِيَّةِ عَلَى المُسْتَعِيرِ)؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِمَا أَنَّهُ قَبَضَهُ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ وَالأُجْرَةُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فَتَكُونُ عَلَيْهِ.

غرسه وبناءه ثم قال: هذا إذا لم يكن القلع مضراباً لأرض، فأمَّا إذا كان مضرابها فالخيار لرب الأرض؛ لأنه صاحب أصل كما هو المذكور في الكتاب.

قوله: وَإِنِ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ، أي: لم تؤخذ من المستعير حتى يحصُد الزرع على بناء المفعول.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وإن أعار أرضه ليزرع فزرع ثم أراد أن يسترد قبل إدراك الزرع ليس له ذلك، وتبقى في يده بطريق الإجارة إلى أن يُدرك بخلاف الأول.

قوله: لِأَنَّ لَهُ، أي: للزرع.

قوله: وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الحَقَّيْنِ؛ لأنه إنما يترك بالأجر هكذا قالوا، كيلا تفوت منفعة أرضه مجاناً، ولا يفوت زرع الآخر ليعتدل النظرُ من الجانبين، كما في الإجارة إذا انقضت المدَّة والزرع لم يُدرك بعدُ، فإن ثمَّة يترك الأرض بأجر مراعاة للجانبين كذا هاهنا، كذا في «المبسوط».

فإذا استحصد الزرع ذكر في بعض روايات «المبسوط» أن صاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر، ولم يذكر هذا في بعض الروايات، وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمه الله يقول: إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه صاحب الأرض أو القاضي، فأمَّا بدون ذلك لا يجب الأجر، فإن قال رب الأرض: أعطيتك البذر ونفقتك وجزائك ويكون

(وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ عَلَى المُؤَجِّرِ) لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُسْتَأْجِرِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ دُونَ الرَّدِّ، فَإِنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالِمَةٌ لِلْمُؤَجِّرِ مَعْنًى فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهِ (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ عَلَى الغَاصِبِ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَالإِعَادَةُ إِلَى يَدِ المَالِكِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ فَتَكُونَ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِ.

ما زرعتَ لي، ورضيَ به المزراع، فإن كان لم يطلع من الزرع شيء لا يجوز؛ لأن المزارع يصير بائعًا للزرع، وبيع الزرع قبل النبات لا يجوز، وبعد ما خرجَ فيه كلام، وأشار هاهُنا إلى الجواز، كذا في «المغني».

قوله: وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ عَلَى المُؤَجِّرِ، إلى أن قال: فَإِنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالِمَةٌ لِلْمُؤَجِّرِ، فإن قيل: كما أنَّ المنفعة سالمة للمؤاجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضـًا، وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة.

قلنا: إن المنفعة الحاصلة للمؤاجر مال حقيقةً وحكمـًا، وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه، فكان اعتبار منفعة حصول المؤاجر أوْلَى، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله وغيره في باب مسائل متفرقة من إجارات «الجامع الصغير» فقال: مؤنة الرد على المستعير والغاصب؛ لأن الغنم حصل له فكان الغرم عليه، بخلاف المودع؛ لأن منفعة الحفظ عائدة إلى المالك، فكانت مؤنة الرد على المالك، وفي المستأجر المنفعة عائدة إلى الأجر؛ لأنه يتوصَّل به إلى ملك الأجر، أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما فيه منفعة، لكن منفعة الأجر أقوى؛ لأنه مالك للعين ومِلك المستأجر في المنفعة، والمنفعة تابعة للعين.

ومؤنة رد المرهون على المرتهن؛ لأن الغنم حصل له، ولهذا اختص به من بين سائر الغرماء حتى يستوفي منه دينه أولًا فكان الغرم عليه، وأمَّا رد العبد الموصَى بخدمته قالوا: لا رواية لها، ويجبُ أن تكون على الموصَى له بالخدمة كما في المستعير، فالحاصل أن المنفعة الحاصلة لو تجردت عن المعارضة كان لها الاعتبار، وعند التعارض بالعين الاعتبار للعين.

وبنى على وجوب مؤنة الرد مسائل في «المبسوط» فقال: وإذا استعار الدابة يومًا إلى الليل

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مَا رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا بَلْ ضَيَّعَهَا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أُتِيَ بِالتَّسْلِيمِ المُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ رَدَّ العَوَارِيِّ إِلَى دَارِ المُلَّاكِ مُعْتَادٌ كَآلَةِ البَيْتِ، وَلَوْ رَدَّهَا إِلَى المَالِكِ فَالمَالِكُ يَرُدُّهَا إِلَى المَرْبِطِ. (وَإِنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَى دَارِ المَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ رَدَّ المَغْصُوبَ أَوِ الوَدِيعَةَ إِلَى دَارِ المَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى الغَاصِبِ فَسْخُ فِعْلِهِ، وَذَلِكَ بِالرَّدِّ إِلَى المَالِكِ دُونَ غَيْرِهِ، الوَدِيعَةُ لا يَرْضَى المَالِكُ بِرَدِّهَا إِلَى الدَّارِ وَلا إِلَى يَدِ مَنْ فِي العِيَالِ؛ لِأَنَّهُ لَوِ ارْتَضَاهُ لَمَا أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، بِخِلَافِ العَوَارِيِّ؛ لِأَنَّ فِيهَا عُرْفًا، حَتَّى لَوْ كَانَتِ العَارِيَّةُ عُقْدَ جَوْهَرٍ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَّا إِلَى المُعِيرِ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ العُرْفِ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالمُرَادُ بِالأَجِيرِ أَنْ يَكُونَ

فأمسكها بعد مضي اليوم فهلكت فهو ضامن لها؛ لأنه لما وقت فقد بين أنه غير راض بقبضه إيَّاها فيما وراء المدة، فإذا أمسكها بعد مضي المدة كان ممسّكاً لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما في المودع، وإذا طُولب بالرد فلم يرد حتى هلكت، وهذا بخلاف المستأجر، فإن بعد مضي المدة إذا أمسكها لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد؛ لأن مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكنها على المالك، وإذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامناً، وأمَّا مؤنة الرد على المستعير فإذا أمسكها بعد مضي المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه، وذلك موجب ضمان المستعار عليه، بخلاف ما إذا لم يوقت فلا ضمان عليه؛ لأن المطالبة بالرد لم يوجد.

قوله: فَرَدَّهَا إِلَى إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا، أو إلى منزل مالكها فضاعت، القياس أن يضمن، وفي الاستحسان لا، قيل: هذا في عاداتهم، وعن ابن سلمة رحمه الله إن كان المربط خارج الدار لا يبرأ؛ لأن الظاهر أنَّها تكون هناك بلا حافظ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ كَمَا فِي الوَدِيعَةِ، بِخِلَافِ الأَجِيرِ مُيَاوَمَةً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ. (وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدِ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ)؛ لِأَنَّ المَالِكَ يَرْضَى بِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّهُ إِلَيْهِ فَهُوَ يَرُدُّهُ إِلَى عَبْدِهِ، وَقِيلَ هَذَا فِي العَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ، وَقِيلَ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ دَائِمًا يُدْفَعُ إِلَيْهِ أَحْيَانًا (وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ) وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ المُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الإِيدَاعَ قَصْدًا كَمَا قَالَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَمْلِكُهُ لِأَنَّهُ دُونَ الإِعَارَةِ، وَأَوَّلُوا هَذِهِ المَسْأَلَةَ بِإِنْهَاءِ الإِعَارَةِ لِانْقِضَاءِ المُدَّةِ.

قوله: وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدِ رَبِّ الدَّابَّةِ، أراد به عبده الذي يقوم عليها، فإذا ردَّها معه يبرأ استحساناً، والقياس أن لا يبرأ ما لم يصل إلى صاحبها، كالمودع إذا ردَّ الوديعة على عبد صاحبها لا يبرأ عن الضمان ما لم يصل إلى صاحبها.

وجه الاستحسان أن صاحبها إنما يحفظ بيد هذا السائس، ولو دفعها إليه لكان يدفعها إلى السائس أيضاً، فكذا إذا ردَّها على السائس، والعُرف الظاهر أن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها إلى المستعير، وباستردادها منه إذا فرغ فيصير مأذوناً في دفعها إليه دلالةً، ولا يوجد مثل هذا العرف في الوديعة، فإن صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادةً، وإنَّما أودعها؛ لأنه لم يرض بكونها في يد عياله، حتى قالوا في المستعار: لو كان عقد لؤلؤ فردَّها المستعيرُ على عبد هو سائس دوابِّ المعير لا يبرأ ما لم يصل إلى المعير؛ لأنه في مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادةً، كذا في «المبسوط».

قوله: وَأَوَّلُوا هَذِهِ المَسْأَلَةَ بِإِنْهَاءِ الإِعَارَةِ لِانْقِضَاءِ المُدَّةِ، يعني: أن المشايخ الذين قالوا بأن المستعير يملك الإيداع أوَّلوا هذه المسألة، وهي **قوله:** وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ، إنما ضمن المستعير هاهنا؛ لأنه لم يبق مستعيرًا يملك الإيداع بسبب انقضاء مدَّة الاستعارة، حيث دفع إلى آخره بعد فراغه من استعماله، ونحن إنما قلنا بجواز الإيداع للمستعير إذا كان

قَالَ: (وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزِّرَاعَةِ يَكْتُبُ إِنَّك أَطْعَمْتَنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَكْتُبُ إِنَّكَ أَعَرْتَنِي)؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الإِعَارَةِ مَوْضُوعَةٌ لَهُ وَالكِتَابَةُ بِالمَوْضُوعِ لَهُ أَوْلَى كَمَا فِي إِعَارَةِ الدَّارِ. وَلَهُ أَنَّ لَفْظَةَ الإِطْعَامِ أَدَلُّ عَلَى المُرَادِ؛ لِأَنَّهَا تَخُصُّ الزِّرَاعَةَ وَالإِعَارَةُ تَنْتَظِمُهَا وَغَيْرَهَا كَالبِنَاءِ وَنَحْوِهِ فَكَانَتِ الكِتَابَةُ بِهَا أَوْلَى، بِخِلَافِ الدَّارِ؛ لِأَنَّهَا لا تُعَارُ إِلَّا لِلسُّكْنَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قائمًا على كونه مستعيرًا، وهاهنا لم يبق مستعيرًا، فلمَّا لم يبق مستعيرًا بقيت عين العارية في يده وديعة، وليس للمودع أن يودع غيره، فإذا أودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق.

قوله: وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزِّرَاعَةِ، إلى آخره، هذه المسألة في «المبسوط» مذكورة في كتاب الشروط، وزاد فيه بنوع بيان فقال: وإذا أعار الرجل أرضًا ليزرعها، كتب: إنك أطعمتنِي أرض كذا لأزرعها ما بدا لي من غلة الشتاء أو الصيف، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كتب عارية فهو أحب إليَّ من أن يكتب أطعمتني، وهو قول محمد رحمه الله؛ لأنه بالإعارة يجعل له منفعة الأرض بغير عوض، فكان استعماله هذا اللفظ أَوْلَى، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لو كتب: أعرتنِي كان المفهوم منه الانتفاع بها من حيث السكنى، وإذا كتب: أطعمتنِي، كان المفهوم منه التمكين من الزراعة في الأرض التي لا يُطعم عينها، وإنما يُطعم ما يكون منها وذلك لا يحصل إلا بالزراعة، وإذا كانت الإعارة للزراعة بلفظ الطعمة أقرب إلى بيان ما هو المقصود، ينبغي أن يستعمل في كل فصل ما هو دليل على المقصود، كالبناء ونحوه وهو نصب الفساطيط، ذكره في «الفوائد الظهيريَّة»، والله تعالى أعلم.

كِتَابُ الهِبَةِ

كتـابُ الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة، ثم من المحاسن فيها كفاك بوُرود صفة الله تعالى فيها على صيغة المبالغة في مقام الثناء عليه بقوله: ﴿إِنَّكَ أَنتَ ٱلْوَهَّابُ ۝٨﴾ [آل عمران: ٨]، ومن باشر فيها صار مستنًّا بسنَّة الله الكريم التواب، وأيّ محمدة أوْلَى من أنواع المدح والحمد، وأي فضيلة أقوى من فضائل الشرف والمجد، تساوي الفضيلة التي فيها اتصاف بصفة من صفات الله تعالى العليا، أو يسمى باسم من أسمائه الحسنى، فالله تعالى جوَّاد كريم أحب الجود والسخاء، ورضي العفو والوفاء، فلجوده شرع الجود وبذل الموجود، وغرز في بعض بني آدم غريزة السَّخاء وطبيعة الإعطاء، ولم يتركهم إلى الطبيعة والغريزة، بل شرع عقد الهبة واستحسنه ليكون عبده عاملًا بشرع الله تعالى لا بالطبع؛ إذ في عمل الطبع مساواة بين الإنس وبين كل الجنس.

ولأن الجود في نفسه سلطانٌ قاهر، بأمره استرقاق الأحرار واستجلاب محبة جميع الإنس من الأشرار والأخيار، على ما قاله صلَّى الله عليه وسلَّم: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»، «جُبلَت القلوب على محبَّة من أحسن إليها»؛ ولأن من أهدى ووهبَ صار ذلك عادةً له، وسهل عليه مشقة الإعطاء وطبيعة الجود والسخاء.

ومنه قال الإمام أبو منصور رحمه الله: يجب على المؤمن أن يُعَلِّم ولده الجود والإحسان، كما يجب عليه أن يُعَلِّمه التوحيد والإيمان؛ إذ حبّ الدنيا رأس كل خطيئة،

....

وحب الدينار أُسُّ كل خطيئة، وكان هذا تصحيفًا سبقَ منِّي عند قراءتِي الأحقاف[1] في مجمع الكُبَراء ومحفِل العُظَماء، على شيخي الأستاذ الكبير، ذي الفضل العزيز، في مسجد الجامع القديم بمَرْو، واستحسنه شيخي متبسّمًا رضي الله عنه وأثابه الجنة.

فنحتاج هاهُنا إلى بيان الهبة لغةً وشرعًا، ودليل جوازها، وسببها، وشرطها، وركنها، وحكمها، والألفاظ الجارية فيها.

أمَّا بيان اللغة: فمن حيث اللفظ والمعنى، أمَّا اللفظ فالهبة أصلها الوهبُ، والوَهب بتسكين الهاء وبتحريكها، وكذلك في كل معتل الفاء كالوعظ والعظة، والوعد والعدة، والوأب أي: الانقباض، والاستحياء، والأبة من المصادر التي تحذف أوائلها ويتعوض في أواخرها الهاء كما ترى.

وأمَّا المعنى: فهو إيصال الشيء للغير بما ينفعه، سواءٌ كان مالًا أو غير مال، حتى يقال: وهبَ اللهُ فلانًا ولدًا صالحًا، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝ يَرِثُنِي﴾ [مريم: ٥-٦]، ولكن أصلها في المال، ويشتق من لفظها ما ليس هو في معناها، تقول: هَبْ زيدًا منطلقًا، بمعنى: أحسب، يتعدّى إلى المفعولين، ولا يُستعمل منه ماض ولا مستقبل في هذا المعنى، والمَوْهَبة بالفتح نقرة في الجبل يُستنقع فيها الماء.

وأمَّا شرعًا: فهي عبارة عن تمليك المال بغير عوض على ما ذكر في الكتاب.

وأمَّا دليل جوازها: فالكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ۝﴾ [النساء: ٤]، وإباحة الأكل خصوصًا بالوصف الحميد دليل جواز الهبة، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ﴾ [النساء: ٨٦]،

---

(١) هكذا في أكثر النُسخ، وجاء اللفظ في بعضها كنسخة نور عثمانية - الثانية (ع٢): عند فراقي الأحباب.

وذكر في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢) مراد الشَّارح رحمه الله تعالى من التصحيف هاهُنا، فقال: أريد بالتصحيف أن يقال: حبّ الدِّينارِ أُسُّ كل خطيئةٍ، بجعل (الدنيا) مع ضمّ راءٍ ... (الدينار)، وقلب النون مقام الياء. لمحرّره رحمه الله. انتهى

الهِبَةُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» وَعَلَى ذَلِكَ

والمراد بالتحية العطية، وقيل: المرادُ بالتحية السلام، والأول أظهر؛ فإن قوله تعالى: ﴿أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦] يتناول ردَّها بعينها وإنما يتحقق ذلك في العطية، كذا في «المبسوط».

وأمَّا سببها: فإرادة الثواب، إمَّا ثواب دنياوي كالعوض، وحسن الثناء، والمحبة من الموهوب له، وإمَّا عقباوي فحينئذٍ كانت الهبة مستعارة للصدقة التي هي موضوعة لطلب ثواب الله تعالى بالأخلاق في الدنيا والنعيم المخلد في العقبى.

وأمَّا شرائط صحتها: فأنواع، منها في الواهب، ومنها في الموهوب، أمَّا في الواهب: فهو أن يكون الواهب من أهل الهبة، وكونه من أهلها أن يكون حرًّا عاقلًا بالغًا مالكـًا للموهوب، حتى لو كان عبدًا، أو مكاتبـًا، أو مدبرًا، أو أمّ ولد، أو من في رقبته شيء من الرق، أو كان صغيرًا، أو مجنونـًا، أو لا يكون مالكـًا للموهوب لا يصح.

وأمَّا في الموهوب فما هو المذكور في الكتاب، وهو أن يكون الموهوب مقبوضـًا، حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، وأن يكون الموهوب مقسومًا إذا كان ممَّا يحتمل القسمة، وأن يكون الموهوب متميزًا عن غير الموهوب، ولا يكون متصلًا ولا مشغولًا بعين الموهوب، حتى لو وهب أرضـًا فيها زرعٌ للواهب دون الزرع، أو عكسه، أو نخلًا فيها ثمرة للواهب معلَّقة به دون الثمرة، أو عكسه، لا يجوز، وكذا لو وهب دارًا فيها متاعٌ للواهب، أو ظرفـًا فيه متاع للواهب إلى آخره.

وأمَّا ركنها: فهو الإيجاب والقبول، فالإيجاب قوله: وهبتُ هذا الشيء لك، وما يجري مجراه من ألفاظ الهبة التي تجيء.

وأمَّا حكمها: فنقول: حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، حتى يصح الرجوع والفسخ عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يقع الملك لازمًا إلا في هبة الوالد للولد.

وأمَّا ألفاظها: فما يجيء بعد هذا، كذا في «التحفة»، و«الذخيرة».

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تَهَادَوْا»، أمر من التهادي، هو أن يهدي بعضهم

انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ (وَتَصِحُّ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَالقَبْضِ) أَمَّا الإِيجَابُ وَالقَبُولُ فَلِأَنَّهُ عَقْدٌ، وَالعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ، وَالقَبُولِ، وَالقَبْضُ لا بُدَّ مِنْهُ لِثُبُوتِ المَلِكِ. وَقَالَ مَالِكٌ: يَثْبُتُ المِلْكُ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّدَقَةُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تَجُوزُ الهِبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً» وَالمُرَادُ نَفْيُ المِلْكِ، لِأَنَّ الجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَفِي إِثْبَاتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ إِلْزَامُ المُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ؛

إلى بعض، وقوله: «تَحَابُّوا»، صيغة خطاب في المضارع، انجزم بجواب الأمر وسقطت إحدى التائين للتخفيف، من التحاب وهو: أن يحب كل واحدٍ منهم صاحبَه، فكان لفظ جمع الماضي، ولفظ جمع الأمر، ولفظ جمع مخاطب المضارع المجزوم على صيغة واحدة فيه.

قوله: وَتَصِحُّ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ، أي: يصح بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له؛ لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع، فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض، وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الأيمان في قوله: وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ فَوَهَبَهُ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ، بخلاف البيع، وقد ذكرنا تمامه هناك.

قوله: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لا تَجُوزُ الهِبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً»، معناه: لا يثبت الحكم وهو الملك؛ إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق، والدليل على ما قلنا أيضاً: «ما رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم حاكياً عن الله تعالى يقول ابن آدم: مالي مالي، ليس لك من مالك إلا ما أكلتَ فأفنيتَ، أو لبستَ فأبليتَ، أو تصدقتَ فأمضيتَ»، اعتبر الإمضاء في الصدقة والخلاف فيهما واحد، كذا في «الإيضاح».

قوله: بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ، أي: يثبت الملك للموصَى له في الموصَى به إذا قبل الوصيَّة بعد موت الموصي قبل قبضه عندنا، وقال زفر رحمه الله: يثبت الملك للموصَى له قبل

لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ المِلْكِ فِيهَا بَعْدَ المَوْتِ وَلا إِلْزَامَ عَلَى المُتبرِّعِ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ اللُّزُومِ،

القبول كما في الميراث.

فإن قلتَ: ذكر في الكتاب: بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ، كما ترى، وكذا أيضاً في «الإيضاح»، وقال في «المبسوط»: ولأن هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصيَّة، حيث ألحق الهبة بالوصية في «المبسوط»، ولم يلحقها بها في الكتاب و«الإيضاح» بل ذكر مخالفتها لها، فما وجه الإلحاق والمخالفة؟

قلتُ: أمَّا وجه الإلحاق فهو أن عقد الهبة لمَّا كان عقد تبرع صار ضعيفاً في نفسه، ولهذا لا تتعلق به صفة اللزوم، والملك الثابت للواهب كان قويًا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيَّد هو به، وهو في الهبة التسليم لإزالة يده عنه بعد إيجاب عقد التمليك لغيره، وفي الوصية موت الموصي لكون الموت منافيًا لملكه فصح الإلحاق.

وأمَّا وجه المخالفة فهو أن قبول الموصى له الوصية وردُّه غير معتبر في حال حياة الموصي، وإنما يعتبر قبوله وردُّه بعد موت الموصي، ثم إذا قبلها بعد موت الموصي يثبت الملك له قبل قبضها وإن كانت الوصية عقدَ تبرع، بخلاف الهبة فإنه لا يثبت الملك للموهوب له فيها قبل القبض فصحت المخالفة.

ثمَّ ذكر وجه المخالفة بينهما في الكتاب بقوله: **لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ المِلْكِ فِيهَا بَعْدَ المَوْتِ،** إلى آخره، وهو ظاهر.

وقوله: **وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَفِي إِثْبَاتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ إِلْزَامُ المُتبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ،** فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا وهب أحد الشريكين نصيبَه للشريك الآخر أو للأجنبي، أمَّا في حق الشريك الآخر فلا إلزام على المتبرع شيئاً من مؤنة القسمة، ومع ذلك لا يصح على ما يجيء في الكتاب، وفي حق الأجنبي لزوم مؤنة القسمة لا تلزم على المتبرع، إنما تلزم على الشريك الآخر كما كان يلزم مع شريكه قبل الهبة، ومع ذلك لا يصح أيضاً مع أن هذه النكتة وهي لزوم إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم لم يوجد في هاتين الصورتين.

....

قلتُ: جواب هذا أيضـًا يأتِي إن شاء الله تعالى في مسألة هبة الشريك من شريكه.

وقوله: وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَفِي إِثْبَاتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ إِلْزَامُ المُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ، فإن قلتَ: بل يصح مثل هذا في الشرعيات، فإنه إذا كان متبرعًا في شيء ولا يتم ذلك التبرع إلا بشيءٍ آخر يلزم عليه ذلك الشيء الآخر، ضرورة تصحيح ذلك التبرع خصوصـًا على أصلنا، فإنه إذا شرع في صلاة التطوع أو في صوم التطوع يلزم عليه الإتمام؛ لأن ما شرع فيه وهو الركعة الواحدة لا تتم إلا بركعة أخرى، ولا صحة للركعة الواحدة إلا بانضمام الأخرى؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن البتَيْراء، فيلزم عليه ما لم يتبرع به وهو الركعة الثانية ضرورة صيانة الأولى عن البطلان.

وكذلك إذا نذر أن يصلي ركعتين وهو محدِث يلزم عليه الوضوء الذي لم يتبرع به، ضرورة أن صلاته التي نذرها لا وجود لها بدون الوضوء، فكذلك هاهنا ينبغي أن يجب عليه التسليم وإن لم يتبرع به، ضرورة تصحيح هبته التي صدرت عنه احترازًا عن بطلان قوله؛ لأنه عاقل بالغ يجب عليه الاحتراز عمَّا يبطل به قوله.

قلتُ: الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكرتَ من وجهين: أحدهما ما أشار إليه في «الأسرار» وهو: أن حق المالك في العين ملك مال وملك يد، فإن ملك اليد ملك مقصود يضمن بالغصب كما يضمن الأصل بالإتلاف، ألا ترى أن المدبر يضمن بالغصب، وما أزال بالغصب إلا يدَه، وكذلك يعتاض على إزالة اليد بعقد الكتابة وليس فيها إلا إزالة اليد، ولمَّا كان كل واحد منهما مقصودًا بنفسه لم يلزم من إلتزام أحدهما إلتزام الآخر، بخلاف الوضوء في حق الصلاة فإنه غير مقصود بنفسه بل هو تبع للصلاة، ولا صحة للصلاة بدونه، فلمَّا إلتزمها المتبرع كان ملتزمًا للتبع ضرورةً.

والثانِي: أن الصلاة بالنذر صارت لازمة عليه بحيث لا محيص عنها إلا بالأداء، فلمَّا لزمت هي عليه على هذا الوجه لزم أيضـًا ما لا صحة لها بدونه وهو الوضوء، وكذلك الركعة الأولى بالشروع صارت واجبةً للصيانة عن البطلان، ولا تصان هي إلا بانضمام الركعة

وَحَقُّ الوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الوَصِيَّةِ فَلَمْ يَمْلِكْهَا.

قَالَ: (فَإِنْ قَبَضَهَا المَوْهُوبُ لَهُ فِي المَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الوَاهِبِ جَازَ) اسْتِحْسَانًا (وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الوَاهِبُ فِي القَبْضِ) وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ القَبْضَ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الوَاهِبِ، إِذْ مِلْكُهُ

الأخرى، فتجب عليه الأخرى أيضاً ضرورة وجوب صيانة الركعة الأولى، وأمَّا في مسألتنا فالهبة عقد تبرع ابتداءً وانتهاءً، فلم تكن لازمة عليه بمجرَّد قوله: وهبتُ.

يوضحه: أن مجرد قوله: وهبتُ، لا يكون أقوى حالًا من هبته وتسليمه إلى الموهوب له، وهي بعد التسليم لا يقع لازمة حتى كان له الرجوع، ففي مجرَّد قوله: وهبتُ، أوْلَى أن لا يقع لازمة، ولمَّا لم يلزم موجب قوله: وهبتُ، لم يلزم غيره بسببه.

قوله: وَحَقُّ الوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الوَصِيَّةِ، جوابُ سؤال مقدَّر وهو أن يقال: إن انعدام أهلية اللزوم للموصي بالموت فوارثه يخلفه في ملكه، فكان ينبغي أن يتوقف ملك الموصى له إلى وقت تسليم الوارث الموصى به إليه؛ لأن الوصية عقد تبرع كالهبة، وهناك يتوقف ملك الموهوب له إلى وقت التسليم، فكذلك في الوصية ينبغي أن يكون كذلك، فأجاب عنه بهذا، بأن الوارث أجنبي عمَّا صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الأجنبي، فلمَّا لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبتَ الملك للموصى له في الموصى به قبل القبض.

وذكر في «المبسوط» حديثًا عن عائشة رضي الله عنها في اشتراط القبض فقال: «وعن عائشة رضي الله عنها قالت: نَحَلَنِي أبو بكر الصديق رضي الله عنه جُذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية، فلمَّا حضره الموت حمد الله وأثنى عليه، وقال: يا بُنَيَّةُ إن أحب الناس إليَّ غنًى أنتِ، وأعزَّهم عليَّ فقرًا أنتِ، وإنِّي كنتُ نحلتك جذاذ عشرين وسقًا من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني قبَضْتِيه، ولا حُزتِيه، وإنما هو مال الورثة»، وفي هذا الحديث دليل على أن الهبة لا تتم إلا بالقسمة فيما يحتمل القسمة؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه أبطل لعدم القبض والحيازة جميعًا بقوله: وإنك لم تكوني قبَضْتِيه، ولا حُزتِيه، والمراد بالحيازة فيه القسمة؛ لأنه يقال:

قَبْلَ الْقَبْضِ بَاقٍ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِ إِذْنِهِ، وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فِي الْهِبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ وَهُوَ الْمِلْكُ،

حاز كذا، أي: جعله في حيزه بقبضه، وحاز كذا، أي: جعله في حيزه بالقسمة، ولو حملناه على القبض هاهنا كان تكرارًا، وحمل اللفظ على ما يُستفاد به فائدةً جديدةً أَوْلَى من حمله على التكرار، وفيه دليل على أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلةً؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه باشرها، ولكن لا يحصل الملك إلا بعد القسمة كما لا يحصل الملك إلا بعد القبض، ولا نقول: الهبة قبل القبض باطلة، وفيه دليل أن التسليم كالتمليك المبتدأ، إلا أن أبا بكر رضي الله عنه امتنع من ذلك لمرضه، فإن المريض ممنوع عن إيثار بعض ورثته بشيء من ماله بطريق التبرع، ولكن طيب قلبها بما قال انتدابًا إلى ما ندبَ إليه رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في قوله: «رحم الله امرءًا أعان ولده على بره».

العالية: اسم موضع، وقد كان وهبَ لها قدر عشرين وسقًا من ماله في ذلك الموضع.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فِي الْهِبَةِ، وقوله: فِي الْهِبَةِ، يتعلق بالقبض لا بالقبول، أي: أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع، وبه صرَّح في «المبسوط»، وأشار إليه في «الإيضاح»، ولمَّا كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع، ثمَّ إيجاب البيع يكون إذنـًا في القبول، وكذلك إيجاب الهبة يكون إذنـًا في القبول؛ لأن مقصود الموجب إتمام تبرعه وذلك يكون في القبض، فكان في القبض تحصيل مقصوده، فلذلك جعلنا الموهوب له مسلطـًا على ذلك، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس، كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس.

قلنا: الإيجاب من البائع شطر العقد، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث، فأمَّا إيجاب الواهب عقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهبَ ولم يقبل يحنث استحسانـًا، فيقف على ما وراء المجلس فصح الأمر بالقبض، وقبضه بعد المجلس، كذا في «مختلفات الغني».

وَالمَقْصُودُ مِنْهُ إِثْبَاتُ المِلْكِ فَيَكُونُ الإِيجَابُ مِنْهُ تَسْلِيطًا عَلَى القَبْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا أَثْبَتْنَا التَّسْلِيطَ فِيهِ الحَاقًا لَهُ بِالقَبُولِ، وَالقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بِالمَجْلِسِ، فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنِ القَبْضِ فِي المَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ لا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ.

قَالَ: (وَتَنْعَقِدُ الهِبَةُ بِقَوْلِهِ وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ صَرِيحٌ فِيهِ وَالثَّانِي مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ. قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَكُلَّ أَوْلَادِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟»

قوله: وَالمَقْصُودُ مِنْهُ إِثْبَاتُ المِلْكِ فَيَكُونُ الإِيجَابُ مِنْهُ تَسْلِيطًا عَلَى القَبْضِ، أي: المقصود من عقد الهبة من الواهب إثبات الملك للموهوب له، ومن ضرورته يلزم تسليط الواهب الموهوب له على القبض، وإن لم يأذن بالقبض صريحًا ليحصل مقصوده.

فإن قلتَ: هذا كله موجود في فصل البيع، فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري، ثم إذا تمَّ الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يكون ذلك من البائع تسليطاً للمشتري على القبض، حتى لو أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن لم يكن قبضًا، بل للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن.

قلتُ: هذا الذي ذكرتُه هو إحدى وجهي القياس في الهبة، وأمَّا جواب الاستحسان عنه فإن القبض في البيع لإسقاط حق البائع في الحبس، لثبوت الملك للمشتري قبل القبض، وليس مقصود البائع بالبيع إسقاط حقه في الحبس، بل مقصوده أن نسلم العوض له، فلذلك لم يجعل البائع بإيجاب البيع راضيًا بسقوط حقه في الحبس، بخلاف القبض في الهبة، فإن القبض فيها لإثبات الملك للموهوب له، وليس مقصود الواهب من إصدار عقد الهبة إلا إثبات الملك للموهوب له، فكان ذلك تسليطاً للموهوب له على القبض لتحقق مقصود الواهب من عقد الهبة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَكُلَّ أَوْلَادِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟»، خاطبَ به النبيُّ

وَكَذَلِكَ الثَّالِثُ، يُقَالُ: أَعْطَاكَ اللهُ وَوَهَبَكَ اللهُ بِمَعْنًى وَاحِدٍ (وَكَذَا تَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ أَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَجَعَلْتَ هَذَا الثَّوْبَ لَكَ وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى بِالحُمْلَانِ الهِبَةَ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ الإِطْعَامَ إِذَا أُضِيفَ إِلَى مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ يُرَادُ بِهِ تَمْلِيكُ العَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الأَرْضَ حَيْثُ تَكُونُ عَارِيَةً؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا لا تُطْعَمُ فَيَكُونُ المُرَادُ أَكْلَ غَلَّتِهَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ لِلتَّمْلِيكِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ» وَكَذَا إِذَا قَالَ جَعَلْتُ هَذِهِ الدَّارَ لَكَ عُمْرَى لِمَا قُلْنَا.

صلَّى الله عليه وسلَّم بشيرًا والد النعمان، وهو فيما روى النعمان بن بشير رضي الله عنه: «نحلني أبي غلامـًا وأنا ابن سبع سنين، فأبت أمي إلا أن يشهد على ذلك رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، فحملني أبي على عاتقه إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فأخبره بذلك، فقال: ألك ولدٌ سواه؟ فقال: نعم، فقال: أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟ فقال: لا، فقال: هذا جورٌ»، كذا في «المبسوط».

تقول: أعمرته دارًا، وأرضـًا، أو إبلًا إذا أعطيته إيَّاها، وقلتَ: هي لك عمري، أو عمرك، فإذا متُّ رجعتَ إليَّ، وقال لبيد:

وَمَا المَالُ إلاَّ مُعْمَراتٌ وَدائِعُ

والاسم: العُمرى، ومنه: «أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فمن أعمر شيئـًا فهو له»، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ»، أي: لورثة المعمر له من بعد المعمر له، يعني: تثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، وكذلك لو ذكر شرط الرجوع صريحًا يبطل شرطه أيضـًا.

وقال في «المبسوط»: وإن قال: وهبتك هذا العبد حياتك وحياته، فقبضه فهي هبةٌ

وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلِأَنَّ الحَمْلَ هُوَ الإِرْكَابُ حَقِيقَةً فَيَكُونُ عَارِيَةً لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الهِبَةَ، يُقَالُ حَمَلَ الأَمِيرُ فُلَانًا عَلَى فَرَسٍ وَيُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ نِيَّتِهِ.

(وَلَوْ قَالَ كَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ يَكُونُ هِبَةً)؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وَيُقَالُ كَسَا الأَمِيرُ فُلَانًا ثَوْبًا: أَيْ مَلَّكَهُ مِنْهُ (وَلَوْ قَالَ مَنَحْتُكَ هَذِهِ الجَارِيَةَ كَانَتْ عَارِيَةً)؛

جائزةٌ؛ لأنه ملكه في الحال بقوله: وهبتُه لك، وقوله: حياتك وحياته، فضل من الكلام غير محتاج إليه فكان لغوًا، أو فيه إبهام شرط الرجوع إليه بعد موته وذلك الشرط أيضًا باطل، ثم قال: وكذلك لو قال: أعمرتك داري هذه حياتك، أو أعطيتها حياتك، أو وهبتُ هذا العبد حياتك، فإذا متَّ فهي لي، أو إذا متُّ فهي لورثتي، فهذا كله تمليك صحيح في الحال، وشرط الرجوع إليه أو إلى ورثته باطل.

قوله: وَيُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ نِيَّتِهِ، أي: يحمل على التمليك بنية التمليك، وإن لم يكن له نية التمليك كان عارية؛ لأن الحمل على الدابة إركاب، وهو تصرف في منافعها لا في عينها فيكون عارية، إلا أن يقول صاحبُ الدابة: أردتُ الهبة؛ لأن هذا اللفظ قد يذكر للتمليك على ما ذكرنا، فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملَتْ نيته.

قوله: وَلَوْ قَالَ مَنَحْتُكَ هَذِهِ الجَارِيَةَ كَانَتْ عَارِيَةً، فإن قلتَ: قد ذكر قبل هذا في الكتاب أن قوله: أعطيتُ، بمنزلة قوله: وهبتُ، ثم لا فرق في اللغة بين الإعطاء والمنح، حتى قال في «الصحاح»: المنح: العطاء، وفي «المصادر»: المنح: دادن، ثم كيف افترق حكمهما في الشرع حتى جعل الإعطاء للهبة والمنح للعارية؟

قلتُ: قد ذكرتُ قبل هذا نقلًا من «المغرب»: المنح: أن يعطي الرجلُ الرجلَ ناقةً أو شاةً يشربُ لبنها ثم يردها إذا ذهب درّها، هذا أصله ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئًا منح، ولمَّا كان كذلك بنى حكم الشرع على ما هو أصل وضع المنح وهو العارية، واستعماله في بعض كتب اللغة بمعنى الإعطاء مطلقًا بناءٌ على ما غلب استعماله من مطلق الإعطاء، هذا

لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ. (وَلَوْ قَالَ دَارِي لَكَ هِبَةً سُكْنَى أَوْ سُكْنَى هِبَةً فَهِيَ عَارِيَّةٌ)؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ مُحْكَمٌ فِي تَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ وَالْهِبَةُ تَحْتَمِلُهَا وَتَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ الْعَيْنِ فَيُحْمَلُ الْمُحْتَمَلُ عَلَى الْمُحْكَمِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ عُمْرَى سُكْنَى أَوْ نَحْلِي سُكْنَى أَوْ سُكْنَى صَدَقَةً أَوْ صَدَقَةٌ عَارِيَّةً أَوْ عَارِيَّةٌ هِبَةً لِمَا قَدَّمْنَاهُ. (وَلَوْ قَالَ هِبَةٌ تَسْكُنُهَا فَهِيَ هِبَةٌ)؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبِيهٌ عَلَى الْمَقْصُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ هِبَةٌ سُكْنَى؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ.

هو التوفيق في الاستعمالين المختلفين.

وذكر في «المبسوط»: فإن قال: قد منحتُك هذه الجارية، أو هذه الأرض فهي عارية؛ لأن المنحة بدل المنفعة بغير بدل، فيكون معنى كلامه: جعلتُ لك منفعة هذه العين، وهو تفسير العارية.

وقوله: لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، أراد به ما ذكر في كتاب العارية **بقوله:** الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ.

قوله: وَلَوْ قَالَ دَارِي لَكَ هِبَةً، بنصب هِبَةً، على الحال، هكذا كان مكتوبًا بخطِّ شيخي رحمه الله، وكذلك: أَوْ سُكْنَى هِبَةً، بنصب هبة، ويحتمل انتصابهما على التميز لما في **قوله:** دَارِي لَكَ، من الإبهام، فَهِيَ عَارِيَّةٌ؛ لأن العارية محكم في تمليك المنفعة، كان من حقه أن يقول: لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة، كما هو المذكور في «المبسوط»؛ لأن في لفظ الواهب إنما جرى لفظ السكنى لا لفظ العارية، فيجب عليه تعليل معنى السكنى لا تعليل معنى العارية، لكن ذكر في «المبسوط» بعد ذكر مسألة السكنى مسألة العارية على ذلك النسق فقال: وكذلك لو قال: هي لك هبة عاريةً، أو عارية هبة، فهي عارية، قدم لفظ الهبة أو أخرها؛ لأنه محتمل يجوز أن يكون مراده هبة العين، ويجوز أن يكون مراده هبة المنفعة، **وقوله:** عَارِيَّةٌ، تفسير لذلك المبهم؛ لأنه في نفسه محكم لا يتناول إلا المنفعة، فسواء قدمه أو أخَّره فالحكم له، ولمَّا كان كذلك جاز أن يقع في قلب المصنف رحمه الله أنه ذكر لفظ العارية مقرونًا بلفظ الهبة، كما في «المبسوط» في صورة المسألة، وعلَّل معنى العارية وهما

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، وَهِبَةُ المُشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ

كذلك والله تعالى أعلم.

المشورة: الشورى، وكذلك المشُورة بضم الشين، كذا في «الصحاح».

وذكر في «المبسوط»: وإن قال: داري هذه لك عمرى تسكنها، وسلمها إليه فهي هبة؛ لأن قوله: تسكنها، ليس بتفسير لقوله: عمرى، فالفعل لا يصلح تفسيرًا للاسم، ولكنه مشورة أشار عليه في ملكه، فإن شاء قبل مشورته وسكن وإن شاء لم يقبل، وهو بيان لمقصوده أنه ملكه الدار عمره ليسكنها، وهذا معلوم وإن لم يذكره، فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، أو هذا الثوب لك تلبسه.

قوله: وَلَا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، **وقوله:** مَحُوزَةً، احترازًا عمَّا إذا وهب التمر على التحمل دون النخيل، أو وهب الزرع في الأرض دون الأرض؛ لأن الموهوب ليس بمحوز، أي: ليس بمقبوض، **وقوله:** مَقْسُومَةً، احترازًا عن المشاع؛ فإنه إذا حاز وقبض التمر الموهوب على النخيل، ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره، ولا يجوز أيضـًا؛ لأنه غير مقسوم.

قوله: وَهِبَةُ المُشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ جَائِزَةٌ، هاهُنا شبهة لفظية، وهي أن المشاع إنما يستعمل في النصب غير المنقسم، فقال في «الصحاح»: يقال: سهم شائع، أي: غير مقسوم فحينئذٍ نوزل إلى المعنى، أي قولك: وهبة النصيب غير المقسوم فيما لا يقسم جائزة، وهذا فاسد كما ترى؛ لأن النصيب إذا كان غير مقسوم إنما يكون في محل غير مقسوم لا محالة، فيلغوا آخر الكلام بأوله، لكن الجواب عن هذا هو أنَّ المراد من **قوله:** فِيمَا لَا يُقَسَّمُ، أي: فيما لا يمكن القسمة بحيث لو قسم قسمةً حسيَّةً يهلك كما في العبد الواحد، أو يتعيب كما في الدرهم الصحيح، فعلى هذا يكون تقدير الكلام: وهبة النصيب غير المنقسم في الشيء الذي لا يمكن قسمته جائزة، وهذا الكلام صحيحٌ في غاية الصحة؛ إذ به يقع الاحتراز عن هبة المشاع فيما يُمكن القسمة، فإن ذلك لا يجوز.

ثم اعلم أن هاهنا نحتاج إلى بيان أصول:

جَائِزَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ فَيَصِحُّ فِي المُشَاعِ

أحدها: الفرق الفاصل بين الذي يحتمل القسمة وبين الذي لا يحتمل القسمة.

والثانِي: بيان أن الشيوع المفسدة ما هو؟ الشيوع المقارن أو الطارئ.

والثالث: بيان أن العبرة في الشيوع لوقت القبض أو لوقت الهبة؟

أمَّا الأول: فقد ذكر في الفصل الثانِي من هبة «الذخيرة» فقال: ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله: إذا وهب الرجلُ الرجلَ نصف درهم صحيح من الدراهم العدليَّة يجوز، هو الصحيح، وجعل هذا بمنزلة هبة مشاع لا تحتمل القسمة، وذكر أصلًا فقال: كل شيء يضره التبعيض مُستوجب نقصانـًا في ماليته، فإنه لا يحتمل القسمة، وإذا لم يُوجب التبعيض نقصانـًا في ماليَّته فهو ممَّا يحتمل القسمة، خرج على هذا هبة بعض العدلي؛ لأن التبعيض يضرّه فكان هبة بعضه هبة مشاع لا تحتمل القسمة، وعلى هذا كل درهم صحيح يضرّه التبعيض، وكذلك الدينار الصحيح إذا كان يضرّه التبعيض تجوز هبة بعضه، وهكذا ذكره أيضـًا في «المختلفات»، وقال: يريدون بقولهم ما لم يقسم، أي: أن المنفعة تفوت أصلًا بالقسمة كالعبد، أو يفوت جنس المنفعة كما في الحمام في البيت الصغير.

وذكر الإمام الأستروشني رحمه الله في أول الفصل السابع والعشرين من «الفصول» وجه الفرق بينهما بوجه آخر، ولكن يؤول معناه إلى ما ذكرنا، فقال: اعلم بأن الشائع ينقسم إلى قسمين: شائع يحتمل القسمة كنصف الدار، ونصف البيت الكبير، وشائع لا يحتمل القسمة كنصف الحمام، ونصف العبد، ونصف الثوب، ونصف البيت الصغير، والفاصل بين القسمين حرف واحد، وهو أن ينظر إذا كان هذا العين بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، إن أجبره القاضي على القسمة كان من القسم الأول، وإن لم يجبره كان من القسم الثانِي؛ إذ الجبر على الفعل في محل أنه قبول لمحل ذلك الفعل.

وأمَّا الثانِي: فإن المفسد للهبة في الشيوع هو الشيوع المقارن لا الطارئ، بخلاف الرهن، فإن الطارئ يبطل الرهن كالمقارن، والشيوع الطارئ هو أن يرجع الواهب في بعض الهبة شائعًا، أمَّا الاستحقاق فيفسد الكل؛ لأنه مقارن لا طارئ.

وَغَيْرِهِ كَالبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ؛

وأمَّا الثالث: فهو أن العبرة في الشيوع لوقت القبض لا لوقت الهبة، حتى أنَّه لو وهب مشاعًا وسلم مقسومًا يجوز اعتبارًا لوقت القبض، وكذلك لو وهب نصف دار لرجل ولم يسلم ثم وهب له النصف الباقي وسلم جملة جازت، أمَّا لو وهب نصف الدار لرجل وسلم ثم وهبَ له النصف الباقي ولم يسلم لا يجوز، وكلاهما فاسدان، ولو وهب تمرًا في نخل، أو زرعًا في أرض، ثم سلم بعد ذلك مفرزًا جاز، وينظر في ذلك إلى حالة القبض دون العقد؛ وهذا لأن الشائع محل لحكم الهبة، فإن حكمها الملك والشائع يقبله كما في البيع والإرث، لكن الملك موقوف على القبض الكامل، وذلك لا يتحقق في الشائع، فإذا ظهر أثر الشيوع في حق القبض دون العقد صحَّ العقد، وتوقفنا في القبض فحكمنا بصحة القبض إذا وردَ على المفرز، كذا وردَ في «شرح الطحاوي»، و«الإيضاح».

فلمَّا كان الحكم هكذا عُلم أن قوله: وَلَا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحُوزَةً، معدول عن ظاهره، معناه: أي: لا تثبت الهبةُ الملكَ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً؛ لأن الهبة في نفسها فيما يقسم وقعت جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزًا، فإنه إذا وهب مُشاعًا فيما يقسم مفرزًا، ثم أفرزه وسلمه صحَّ ووقع مثبتًا للملك، عُلِم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها، ولكن يتوقف إثباتها الملك إلى الإقرار والتسليم، والعقد إذا توقف أمرُه في إثبات الملك إلى أمر آخر لا يُسمَّى أن العقد غير جائز، كالبيع بشرط الخيار، وهبة غير المشاع من غير تسليم، فإنَّهما عقدان صحيحان في أنفسهما، ولكن إثباتهما الملك توقف إلى أمر آخر وهو إسقاط الخيار، أو مضي المدَّة في البيع، والتسليم في هبة غير المشاع، وإلى هذا المعنى الذي قلتُه أشار في «المبسوط»، مع ذكر صورة المسألة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي رحمه الله فقال: وإذا وهب الرجلُ الرجلَ نصيبًا مسمًّى في دار غير مقسومة وسلمه إليه مشاعًا، أو سلم جميع الدار إليه لم يجز، ثم قال: يعنِي لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يقع الملك وتتم الهبة.

قوله: كَالبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ، أراد بأنواع البيع البيع الصحيح، والفاسد، والصَّرف، والسلم،

وَهَذَا لِأَنَّ الْمُشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ، وَهُوَ الْمِلْكُ فَيَكُونُ مَحَلًّا لَهُ، وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لَا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ. وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْهِبَةِ فَيُشْتَرَطُ كَمَالُهُ وَالْمُشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَوْهُوبٍ، وَلِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ

فإن المشاع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع، ويثبت بالقبض ما اختص ذلك العقد بالقبض، حتى أن الضمان ينتقل من البائع إلى المشتري في البيع الصحيح، ويملك ما باعه من النصيب في المشاع بالقبض في البيع الفاسد، ويصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ الْمُشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ، أي: لحكم الهبة بتأويل الوهب، أو التمليك.

قوله: وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لَا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ، هذا جوابٌ عن قولنا: بأن هبة المشاع إنما لا تصح؛ لأن الهبة عقد تبرع، فلو قلنا بجواز هبة المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان المقاسمة وهو لم يتبرع به، فيكون إلزامًا على المتبرع بما لم يلزمه وذلك باطل.

قوله: كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ، فصورة قرض المشاع: أنه لو دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضًا عليه ويعمل في النصف الأخير بشركته يجوز ذلك، مع أن القبض شرط لوقوع الملك في القرض، ثم لا يشترط القسمة فيه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالْمُشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ، أي: المشاع لا يقبل القبض إلا بضم غير الموهوب إلى الموهوب، أو بضم الموهوب إلى غير الموهوب في الهبة، وكذلك لا يقبل المشاع القبض في الشراء إلا بضم غير المشتري إلى المشتري، أو بضم المشتري إلى غير المشتري، وكذلك في سائر العقود، فكان الحاصل تبعًا لغيره كان أنقص من الحاصل مقصودًا بنفسه.

وذكر في «المبسوط» في اعتمادنا في المسألة على إجماع الخلفاء الراشدين: فقد روينا عن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم شرط القسمة، وعن عليٍّ رضي الله عنه: «من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لم يجز حتى يقاسم»، والمعنى فيه أن شرط القبض منصوص عليه

إِلْزَامَهُ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ وَهُوَ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ، وَلِهَذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ القَبْضِ لِئَلَّا

في الهبة، فيُراعى وجوده في أكمل الجهات التي تمكن، كشرط استقبال القبلة في الصلاة لمَّا كان منصوصًا عليه يشترط ذلك فيه، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته والحطيم من البيت من وجه؛ وهذا لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتًا مطلقًا، وبدون الإطلاق لا يثبت الكمال.

ثم القبض مع الشيوع ثابتٌ من وجه دون وجهٍ؛ لأن القبض عبارة عن الحيازة وهو أن يصير الشيء في حيز القابض، والمشاع في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه؛ لأنه لا يمكن أن يشار إلى شيءٍ منه بعينه، فيقال: أنه في يد هذا دون هذا.

فإن قلتَ: لو تمسَّك الخصمُ فيما ادعاه بقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فهذا يقتضي أن الصداق إذا كان عينًا يتنصف بالطلاق، فإن المرأة تندبُ إلى أن تترك الكل للزوج، والزوج يندب إلى أن يسلم الكل إليها، وذلك من كل واحد منهما هبة في المشاع، وبما: «رُوي عن الرجل الذي أتى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بكُبَّة من شعر فقال: أخذتُ هذه من الغنيمة لأخيط بها بردعة بعير لي، فقال صلَّى الله عليه وسلَّم: أمَّا نصيبي منها فهو لك»، فقد وهب المشاع؛ ولأن هذا بعض من جملة ما يملك بالهبة، فذلك البعض قياسًا على المشاع الذي لا يحتمل القسمة، فما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الآية فقلنا: العفو حقيقته إسقاط، وذلك في الدين دون العين، وإسقاط الدَّين جائز سواءٌ كان الدين مشاعًا أو غير مشاع؛ لأنه غير محتاج إلى القبض الذي ينقضه الشيوع، بخلاف ما نحن فيه، ثمَّ في العين كل واحد منهما مندوب إلى العفو عندنا، ولكن بطريقه وذلك في أن يهب نصيبه لصاحبه بعد القسمة، وليس في الآية ما يمنع ذلك.

وأمَّا حديث الكبَّة فإنما قال ذلك رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم على وجه المبالغة في النهي عن الغلول، أي: لا أملك إلا نصيبي فكيف أطيب لك هذه الكبَّة من الغنيمة؟ ألا ترى أنه ليس لواحد من الغانيمن أن يهب نصيبه قبل القسمة؛ لأنه لا يدري أين يقع نصيبه، أو كان

يَلْزَمَهُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ مَا لا يُقَسَّمُ؛ لِأَنَّ القَبْضَ القَاصِرَ هُوَ المُمْكِنُ فَيُكْتَفَى بِهِ؛ وَلِأَنَّهُ لا تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ. وَالمُهَايَأَةُ تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ وَهُوَ المَنْفَعَةُ، وَالهِبَةُ

ذلك مما لا يحتمل القسمة، فالكبَّة من الشعر إذا قسمت على جند عظيم لا يصيبُ كل واحد منهم ما ينتفعُ به.

وأمَّا الجواب عن المعنى فقد ذكرنا الفرق بين هبة البعض والكل، في أن هبة البعض مشاعـًا فيما يحتمل القسمة لا يجوز، بناءً على أن القبض فيها يقع ناقصًا، وفي هبة الجملة لا نقصان في القبض فيجوز، فبعد قيام الفرق المانع عن القياس لا يجوز قياسُ هبة الجزء على الكل، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط».

وذكر في «الأسرار»: والمعنى في المسألة أن الهبة لا توجب الملك إلا بالقبض بلا خلاف بيننا وبينه، وإنه في حق إيجاب الملك بمنزلة القبول في باب الشراء، وتمام القبض في مشاع يحتمل القسمة بالقسمة فلا يقع الملك قبلها لعدم تمام القبض، كما إذا لم يتم القبول من المشتري في باب البيع، وكما إذا وهبَ صوفًا على ظهر غنم لم يملكه إلا بعد الجزِّ بالاتفاق؛ لأن الإقرار به يقع، وإنما قلنا أن تمام القبض بالقسمة؛ لأن القبض عبارة عن الحيازة باليد، وتمام الحيازة بالقسمة؛ لأنها إفراز في مكان عين، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالاجتماع، ولا اجتماع إلا بالحيازة وفيها تتمة القبض، بخلاف ما لا يحتمل القسمة؛ لأنه لا حيازة له أكثر من التخلي به لذلك شائعًا؛ لأنه لو قسم بطل ولم يبق ملكـًا على ما كان، فلا يكون القسمة فيه حيازة فلا يشترط القبض فيه بالتسمية لذلك.

قوله: وَالمُهَايَأَةُ تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، هذا جوابُ شبهة ترد على **قوله**: وَلِأَنَّهُ لا تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ، يعنِي: أن الواهب مُتبرع، فلو جوّزنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يلزم عليه مؤنة القسمة، وهو لم يلتزمها، فلذلك لم يصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، بخلاف هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فإنَّها جائزة؛ لأنه لا يلزم فيها مؤنة القسمة على الواهب؛ لأنه ممَّا لا يمكن القسمة فيجوز، فوردَ على هذا التقرير لزوم المهايأة فيما لا يحتمل القسمة، يعنِي: كما أن الواهب لم يلتزم القسمة فيما يحتمل القسمة، فكذلك لم يلتزم وجوب

لاقَتِ العَيْنَ، وَالوَصِيَّةُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا القَبْضُ، وَكَذَا البَيْعُ الصَّحِيحُ، وَأَمَّا البَيْعُ الفَاسِدُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَمُ فَالقَبْضُ فِيهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهَا عُقُودُ ضَمَانٍ فَتُنَاسِبُ لُزُومَ مُؤْنَةِ القِسْمَةِ، وَالقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهٍ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهٍ، فَشَرَطْنَا

المهايأة، ويلزم ذلك في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، فعلى ذلك التقدير ينبغي أن لا تصح هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، لورود شيءٍ على الواهب لم يلتزمه وهو وجوب المهايأة، كما لا تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، لوجوب شيءٍ على الواهب لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة.

وبهذه الشبهة صرح في «المبسوط» فقال: بخلاف ما لا يحتمل القسمة، فإنه لا يستوجب به حق المطالبة في القسمة، ثم قال:

فإن قيل: يستوجب به المهايأة، قلنا: المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين، فلم يكن ذلك ضماناً في عين ما تبرع به، ولا يرد على هذا ما لو أتلف الواهبُ الموهوب بعد التسليم يضمن قيمته للموهوب له؛ لأن ذلك الضمان يلزمه بالإتلاف لا بعقد التبرع، وضمان المقاسمة هاهنا وإن كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة، فلا يمنع إضافة الضمان إلى الهبة، ألا ترى أن شراء القريب إعتاق وإن كان العتق بسبب الملك؛ لأن ذلك الملك حكم الشراء، وبه فارق البيع فإنه عقد ضمان، فيجوز أن يتعلق به ضمان المقاسمة؛ ولأن أصل القبض هناك لا يُشترط لوقوع الملك فكذلك ما يتمِّمُه، وبه فارق الوصيَّة، فأصل القبض هُناك ليس بشرط الملك فكذلك ما يتمِّمُه، وكما يستحق هُناك ضمان التسليم على الوارث يستحق ضمان المقاسمة أيضاً.

قوله: وَالقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهٍ، - بدليل أنه لا يصح ممَّن لا يصح منه التبرع كالصبي، والعبد - وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهٍ، حتى أن المستقرض مضمون بالمثل، فلا يبعد أن يتعلق به ضمان المقاسمة، وشرط القبض هناك غير منصوص ليُراعى وجوده على أكمل الجهات، ثمَّ لشَبْهه بالتبرع شرطنا فيه القبض، ولشبهه بعقد الضمان لا يُشترط فيه القسمة، وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان، كذا في «المبسوط».

الْقَبْضَ الْقَاصِرَ فِيهِ دُونَ الْقِسْمَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، عَلَى أَنَّ الْقَبْضَ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهِ. وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا فَالهِبَةُ فَاسِدَةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا.

قوله: وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لا يَجُوزُ؛ يعني: لو وهبَ أحد الشريكين نصيبَه لشريكه مشاعًا فيما يحتمل القسمة لا يجوز عندنا أيضـًا، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: يجوز، فقال: إن المانع استحقاق ضمان المقاسمة، وذلك لا يوجد في الهبة للشريك، وحُجَّتنا في ذلك ما بيَّنا أن اشتراط القسمة في الهبة فيما يحتمل القسمة كاشتراط القبض، وفي ذلك يستوي الهبة للشريك والأجنبي فكذلك في القسمة؛ وهذا لأن القبض في الهبة لا يُتم في الجزء الشائع، فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقاهُ الهبة، وإنما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكـًا له، وما يُشترط لإتمام العقد فإنما يعتبر ثابتًا فيما يتناوله العقد دون غيره، كذا في «المبسوط».

فعلى هذا التقرير لا يتفاوت قصور القبض في الشيوع بين أن يكون القابض شريكـًا أو أجنبيًّا، فيمنع الشيوع صحَّة الهبة للشريك كما يمنع صحتها للأجنبي، للزوم قصور القبض في الصُّورتين بسبب الشيوع، والدليل على ما ذكرنا بأن عدم الجواز في حق الأجنبي والشريك في هبة المشاع بسبب قصور القبض، لا باعتبار لزوم مؤنة القسمة ما ذكره في «المبسوط» بعد ما ذكر هذه الرواية التي ذكرنا بقوله: ولو وهب أحد الشريكين نصيبَه من الدَّار لأجنبي لم يجز؛ لأن الإيجاب والتسليم لاقا جُزءًا شائعًا، ثم قال: وإنما أورد هذا الإشكال وهو أن ضمان المقاسمة هاهنا لا يستحق على المتبرع إنما يستحق على الشريك، ولكنا قد بيَّنا أن هذا المعنى لا يتمشَّى في جميع الفصول كالهبة للشريك ونحو ذلك، وأن الحرف الذي يتمشى أن القبض لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة.

وبهذا يُعلم أن ما ذكره في الكتاب: أَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى نَفْسِ الشُّيُوعِ، بسبب أن القبض في النصيب الشائع قاصرٌ، لا بسبب لزوم مؤنة القسمة.

قوله: وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا فَالهِبَةُ فَاسِدَةٌ، وقد ذكرنا أن قوله: **وَلا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا**

(فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ)؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالقَبْضِ وَعِنْدَهُ لا شُيُوعَ.

قَالَ: (وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ أَوْ دُهْنًا فِي سِمْسِمٍ فَالهِبَةُ فَاسِدَةٌ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ لَمْ يَجُزْ) وَكَذَا السَّمْنُ فِي اللَّبَنِ؛ لِأَنَّ المَوْهُوبَ مَعْدُومٌ، وَلِهَذَا لَوِ اسْتَخْرَجَهُ الغَاصِبُ بِمِلْكِهِ، وَالمَعْدُومُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمِلْكِ فَوَقَعَ العَقْدُ بَاطِلًا، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ،

يُقَسَّمُ إِلَّا مَحُوزَةً، معدولٌ عن ظاهره، ومعناه لا تثبت الهبة والملك فيما لا يقسم إلا محوزة، وأثبتناه بالرواية المعتمد عليها، فكذلك هاهنا لفظ الفساد معدولٌ عن ظاهره، بل معناه: من وهب شقصًا مشاعًا فالهبة لا يثبت الملك، فإن قسمه وسلَّمه حينئذٍ يثبت الملك.

قوله: فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ، ذكر حكم الجواز وثبوت الملك في القسمة والتسليم، ولم يذكر حكم هبة المشاع فيما إذا سلَّمه مشاعًا هل يثبت الملك وهل يقع مضمونًا كما في البيع الفاسد أم لا؟ ذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: وفيما إذا فسدت الهبة بحكم الشيوع إذا هلكت الهبة عند الموهوب له هل تكون مضمونة عليه؟ ذكر ابن رستم رحمه الله: رجل دفع درهمين إلى رجل وقال: أحدهما هبة لك والآخر أمانة عندك، فهلكا جميعًا يضمن درهمًا وهو في الآخر أمين، قال: وإنما ضمن؛ لأنه أخذه بهبة فاسدة، ثم قال: نص أنَّها تكون مضمونة، ولو وهب نصف الدار أو تصدق وسلم، ثم أن الواهب باع ما وهب أو تصدق، ذكر في وقف «الأصل» أنه يجوز بيعه؛ لأنه لم يقبض، ولو باعه الموهوب له لا يجوز بيعه؛ لأنه لم يملكه، ثم قال: نصَّ أن هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك وإن اتصل بها القبض، وبه قال الطحاوي رحمه الله، وذكر عصام أنها تفيد الملك، وبه أخذ بعض المشايخ.

قوله: وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا، إلى أن قال: لِأَنَّ المَوْهُوبَ مَعْدُومٌ؛ لأن الدُّهن حادث بالعصر، والدقيق بالطحن، ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكًا له؛ وهذا لأن قبل الطحن هو حنطة، والدقيق غير الحنطة، وكون الشيء الواحد مثنى في وقت واحد مستحيل، فعرفنا أنه أضاف العقد إلى المعدوم فكان لغوًا، بخلاف الوصية فإن هذا كله يجوز في الوصية؛ لأنَّها خلافه وليست بإيجاب للملك.

بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الْمُشَاعَ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِيكِ، وَهِبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ وَالزَّرْعِ وَالنَّخْلِ فِي الأَرْضِ وَالتَّمْرِ فِي النَّخِيلِ بِمَنْزِلَةِ الْمُشَاعِ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الجَوَازِ لِلِاتِّصَالِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ القَبْضَ كَالشَّائِعِ.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وهو قوله: وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا، إلى أن قال: فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ؛ لأن هناك الموهوب موجود محل للتمليك بدليل صحَّة بيعه، وأمَّا هاهنا الدقيق في الحنطة معدوم بدليل عدم جواز بيعه.

قوله: لِأَنَّ امْتِنَاعَ الجَوَازِ لِلِاتِّصَالِ، يعني: لا لكونه معدومًا، بدليل أنه لو أمره الواهب بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك استحسنت أن أُجيز هذا لوجهين:

أحدهما: أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع محل للتمليك، بدليل جواز الصلح عليه عند أبي يوسف رحمه الله في الصوف، وعدم عقد الهبة بالقبض، فإذا قبضه بعد الجز وهو مال مقصود في هذه الحالة يتم فيه كما في الدَّين.

والثاني: أن امتناع جواز الهبة هاهنا؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع إمكان الفصل، فيكون ذلك بمنزلة الشائع، كذا في «المبسوط».

اعلم أن هاهنا مسائل تتعلق بالشيوع وبالشغل لا بدَّ من معرفتها، والأصل فيها أنه لو وهب رجل لرجل دارًا فيها متاع الواهب، ودفعها إلى الموهوب له فالهبة باطلة، أي: غير تامة، أمَّا لو وهب متاعًا في الدار ودفع الدار معه فالهبة تامة، والأصل في جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة؛ لما ذكرنا أن القبض شرط تمام الهبة، فاشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض من الموهوب له؛ وهذا لأن الموهوب ما دام مشغولًا بملك الواهب كان يد الواهب قائمة على الموهوب، وقيام يد الواهب على الموهوب يمتنع تمامَ يد الموهوب له، فأمَّا اشتغال ملك الواهب بالموهوب لا يمنع تمام الهبة؛ لأن الموهوب فارغ لا مانع فيه عن تمام القبض؛ لأن اشتغال ملك الواهب بالموهوب لا يوجب للواهب يدًا على الموهوب، فلا يمنع تمام يد الموهوب له فلا يمنع تمام القبض.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ العَيْنُ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالهِبَةِ وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فِيهَا قَبْضًا)؛

وإذا ثبتَ هذا فنقول: الموهوب وهو الدار مشغولة بملك الواهب فيمنع تمام الهبة، وكذلك لو وهب لرجل جرابًا أو جوالقًا فيه طعام الواهب فالهبة غير تامة لما قلنا، ولا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغًا مفرزًا، ويعتبر الإذن بالقبض بعد تفريغ الدار فلا يكفى قوله مع الشغل: سلّمتها إليك، أمَّا لو وهب ما في الدار من المتاع، وما في الجوالق والجراب من الطعام فالهبة تامة؛ لأن الموهوب هاهنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه، وذلك لا يوجب يدًا للواهب على الموهوب، أكثرُ ما فيه أن يد الواهب قائمة على الدار والجوالق والطعامُ والمتاعُ فيها، إلا أن هذه الأشياء تابعة وآلة لتحفظ ما فيها، وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الأصل، ولا كذلك المسألة الأولى.

ونظيرُه إذا وهب جاريته لرجل وعليها حلَق حلي فوهب الجاريةَ دون الحلي وسلّمها تامَّة؛ لأن الموهوب شاغل لملك الواهب، أمَّا لو وهب الحلي دون الجارية وسلم الجارية فالهبة غير تامة، وكذلك في هبة الدابة وعليها سُرج أو لجام، أو هبة السرج واللجام دون الدابة، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِذَا كَانَتِ العَيْنُ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالهِبَةِ وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فِيهَا قَبْضًا، والأصل فيه أنه متى تجانس القبضان نابَ أحدهما عن الآخر؛ لأن التجانس دليل التشابه، والمتشابهات ينوب كلّ واحد منهما عن صاحبه، وإذا تغايرا نابَ الأعلى عن الأدنى؛ لأن في الأعلى ما في الأدنى وزيادة، فوجدَ القبض المحتاج إليه وزيادة شيء، والأدنى لا ينوب عن الأعلى؛ لأن الأدنى من الأعلى قدر بعضه، والمحتاج إليه كله ولم يوجد المحتاج إليه فلا ينوب، وهذا معنى قولهم: ومتى اختلف القبضان ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون، بيانه: هو أن الشيء إذا كان مغصوبًا في يده، أو مقبوضًا بالعقد الفاسد، فباعه منه بيعًا صحيحًا جائزًا لا يحتاج إلى قبض آخر، لكون ذلك القبض أقوى وهو كونه مضمونًا.

وكذلك إذا كان الشيء وديعة في يده، أو عارية فوهبه مالكه من صاحب اليد فإنه لا يحتاج

لِأَنَّ العَيْنَ فِي قَبْضِهِ وَالقَبْضُ هُوَ الشَّرْطُ، بِخِلَافِ مَا إذَا بَاعَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ القَبْضَ فِي البَيْعِ مَضْمُونٌ فَلَا يَنُوبُ عَنْهُ قَبْضُ الأَمَانَةِ، أَمَّا قَبْضُ الهِبَةِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَيَنُوبُ عَنْهُ. قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الِابْنُ بِالعَقْدِ)؛ لِأَنَّهُ فِي قَبْضِ الأَبِ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَةِ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إذَا كَانَ فِي يَدِهِ أَوْ فِي يَدِ مُودِعِهِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ مَرْهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا أَوْ مَبِيعًا بَيْعًا فَاسِدًا؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ

إلى قبض آخر، لاتفاق القبضين؛ لأن كلا القبضين أمانة، ولو كانت وديعة عنده، أو عارية فباعه منه فإنه يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان، كذا في «شرح الطحاوي»، و«الذخيرة».

وذكر أبو نصر في «شرحه»: أنه إذا كان مضمونًا بغيره كالمبيع والمرهون، لا ينوب عن القبض الواجب بالهبة، ولا بدَّ من قبض جديد.

قوله: وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الِابْنُ، ولفظ «المبسوط»: وكل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه، وذلك الشيء معلوم فهو جائز، والقبض فيه بإعلام ما وهبه له، والإشهاد عليه، ثم قال: والإشهاد ليس بشرط، بل الهبة تتم بالإعلام، إلا أنه ذكر الإشهاد احتياطًا للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته، أو عن جحوده بعد إدراك الولد، أمَّا إذا اتفقوا على ذلك فالهبة تامة بدون الإشهاد.

وفي «الذخيرة»: ولو قال الأبُ: وهبتُ هذا الشيء لابنِي الصغير، جازت الهبة من غير قبول الأب؛ لأن الأب يتولَّى هذا، وكل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب، كبيع الأب مالَه من ابنه الصغير.

قوله: لِأَنَّهُ فِي قَبْضِ الأَبِ، أي: لأن الموهوب في قبض الأب فيتولى عنه قبض الهبة، وقال في «الذخيرة»: لأن الوالد بنفس الهبة صار قابضًا للولد؛ لأن قبض الإنسان مال نفسه قبض أمانة، وقبض الهبة قبض أمانة، فينوب ما للأب من القبض عن قبض الهبة.

قوله: لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ، هذا كلام تامٌّ باسم إنَّ وخبره، أي: لأن الموهوب أو المغصوب

أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا مِثْلُ الهِبَةِ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَتْ لَهُ أُمُّهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهَا وَالأَبُ مَيِّتٌ وَلا وَصِيَّ لَهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ.

(وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً تَمَّتْ بِقَبْضِ الأَبِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَلَيْهِ الدَّائِرَ بَيْنَ النَّافِعِ

في يد غير الأب، لا في يد الأب، فلا ينوب قبض المرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد، بخلاف ما إذا كان الموهوب في يد الأب، حيث ينوبُ قبضُه عن قبض الهبة لولده، لما ذكرنا من تجانس القبضين.

قوله: أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، أي: الموهوب في غير ملك الأب، أي: في البيع الفاسد لا ينوب قبض المشتري بالشراء الفاسد عن قبض الهبة للولد.

وفي «الذخيرة»: وإذا أرسل غلامه في حاجته ثم وهبه لابنه الصغير صحت الهبة؛ لأن العبد بعد الإرسال في حاجته في يد المولى حكماً، ولو لم يرجع العبد حتى ماتَ الوالد فالعبد للولد، ولا يصير ميراثًا عن الولد، وكذلك لو وهب عبدًا أبقى له من ابنه الصغير فما دام مترددًا في دار الإسلام تجوز الهبة ويصير الأب قابضًا لابنه بنفس الهبة.

وذكر في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل وهبَ لابنه الصغير دارًا والدار مشغولة بمتاع الواهب جاز؛ لأن الشرط قبض الواهب هاهنا، وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب لا يمنع قبض الواهب.

وفي «المنتقى»: عن محمد رحمه الله: رجل وهب دارًا لابنه الصغير وفيها ساكن بأجر قال: لا يجوز، ولو كان بغير أجر، أو كان هو فيها يعني الواهبُ فالهبة جائزة؛ لأن السَّاكن إذا كان بأجر فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم، فيمنع قبضَ غيره فيمنع تمام الهبة، بخلاف ما إذا كان ساكناً بغير أجر، أو كان الواهبُ في الدَّار فإنه لا يمنع تمام الهبة هُنا؛ لأن الشرط في هذه الصُّورة قبض الواهب، وكون الواهب فيها يقرّر قبضه ولا ينفيه.

قوله: وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ، نحو الأخ والعم والأجنبي، أي: قبض الهبة لأجل اليتيم يصح من كل من يعوله من هؤلاء، أطلق في الكتاب هكذا، ولكن ذكر في «الإيضاح»:

وَالضَّائِرِ فَأَوْلَى أَنْ يَمْلِكَ المَنَافِعَ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةً فَقَبَضَهَا لَهُ وَلِيُّهُ وَهُوَ وَصِيُّ الأَبِ أَوْ جَدُّ اليَتِيمِ أَوْ وَصِيُّهُ جَازَ)؛ لِأَنَّ لِهَؤُلَاءِ وِلَايَةً عَلَيْهِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الأَبِ (وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبَضُهَا لَهُ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ لَهَا الوِلَايَةَ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى حِفْظِهِ وَحِفْظِ مَالِهِ. وَهَذَا مِنْ بَابِهِ؛ لِأَنَّهُ لا يَبْقَى إِلَّا بِالمَالِ فَلَا بُدَّ مِنْ وِلَايَةِ التَّحْصِيلِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ)؛ لِأَنَّ لَهُ عَلَيْهِ يَدًا مُعْتَبَرَةً. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لا يَتَمَكَّنُ أَجْنَبِيٌّ آخَرُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْ يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا يَتَمَحَّضُ نَفْعًا فِي حَقِّهِ (وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الهِبَةَ بِنَفْسِهِ جَازَ)،

ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة، أراد بتلك الأربعة: الأب ووصيَّه، والجد أبُ الأب بعد الأب ووصيّه مع وجود واحد منهم، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيًّا؛ لأنه ليسَ لهؤلاء ولاية التصرف في المال، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له، ثم قال: وإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبيّ في حجره وعياله، ولم يجز قبض من لم يكن في عياله؛ لأنه إذا كان في عياله فله عليه ضرب ولاية، ألا ترى أنه يؤديه ويسلمه في الصنائع، فقيام هذا القدر من الولاية يُطلق حق قبض الهبة؛ لأنه من باب المنفعة.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ، أي: يجوز للأجنبي الذي يربيه قبض الهبة لأجل الصغير، ولكن بالشرط الذي ذكرنا وهو عدم وجود واحد من هذه الأربعة الذي ذكرنا، وأمَّا إذا كان واحدًا منهم موجودًا فليس لمن يُربيه قبض الهبة لأجل التصغير.

ثم ذكر في «المبسوط»: فإذا ثبتَ أن له - أي: للأجنبي الذي يعوله - أن يقبض هبة الغير له، وكذلك إذا كان هو الواهبُ فأعلمها أو أبانَها فهو جائز، وقبضه له قبض، ويستوي إن كان الصبي يعقل أو لا يعقل، ثم قال:

وفيه نوع إشكال؛ لأنه إذا كان يعقل فهو من أهل أن يقبض بنفسه، فلا حاجة إلى اعتبار

مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَاقِلًا؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ. وَفِيمَا وَهَبَ لِلصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزِّفَافِ لِتَفْوِيضِ الأَبِ أُمُورَهَا إِلَيْهِ دَلَالَةً، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الزِّفَافِ وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الأَبِ، بِخِلَافِ الأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرِهَا حَيْثُ

الخلف هاهنا، ولكن الجواب أن يقول: يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه، والصغر تبقى ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة أظهر؛ لأنه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة، بخلاف الولد الكبير؛ لأنه يقبض هناك لولايته على نفسه، وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الأصل.

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَاقِلًا؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ، أي: من أهل مباشرة ما يتمحّض نفعاً له، وهذا الذي ذكره جوابُ الاستحسان، وهو قولنا.

وأمّا جوابُ القياس وهو قول الشافعي رحمه الله: لا يجوز قبض الصغير بنفسه؛ لأنه لا معتبر بعقله قبل البلوغ خصوصًا فيما يمكن تحصيله له بغيره، فإن اعتبار عقله للضرورة، وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره، ولهذا لم يعتبر الشافعي رحمه الله عقله في صحة إسلامه، واعتبره في وصيته واختياره أحد الأبوين؛ لأن ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره.

وجه الاستحسان أنه إنّما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه، فالظاهرُ أنه لا يتم نظره في عواقب الأمور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه، وهذا فيما يتردد بين المنفعة والمضرة، فأمّا فيما يتمحَّض فيه منفعة فلا يتحقق هذا المعنى، فكان فيما قلنا توفيرُ المنفعة بطريقين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَفِيمَا وَهَبَ لِلصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزِّفَافِ، ذكر الزفاف في الكتاب، وذكر الدخول في «الإيضاح»، وذكر في «الذخيرة»: ثم شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة إذا كان يجامعُ مثلها، فمن أصحابنا من قال: إذا كان لا يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها، ثم قال: والصحيحُ أنه إذا كان يعولها وهي لا يجامع مثلها جاز قبضُه عليها.

وذكر في «المبسوط»: والصبية التي دخل بها زوجها، فإن زوجها يقبض الهبة لها؛ لأنه

لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلَاءِ لِلضَّرُورَةِ، لَا بِتَفْوِيضِ الأَبِ، وَمَعَ حُضُورِهِ لَا ضَرُورَةَ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دَارًا جَازَ)؛ لِأَنَّهُمَا سَلَّمَاهَا جُمْلَةً وَهُوَ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً فَلَا شُيُوعَ (وَإِنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِنِ اثْنَيْنِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -،

يعولها، ثم قال:

فإن قيل: الولاية عليها للأب دون الزوج، قلنا: نعم ولكن الأب أقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها إذا زفَّها إلى بيت الزوج، وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوجُ فيه مقام الأب، ولكن بهذا لا تنعدم ولاية الأب، فإذا قبضها الأبُ صحَّ قبضه لقيام ولايته، وإن قبضت بنفسها جاز؛ لأنَّها تعقل القبض، وإن قبض الزوج جاز لما بيَّنا، فلا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الأبُ ولده الصغير إلى من يعوله؛ لأن ذلك لا يثبت به الاستحقاق، فعرفنا أنه لا يقوم فيه مقام الأب، والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد، حتى يصير أَوْلَى بها من ابنها، فإن كانت لم تزف إلى زوجها لم يُعتبر قبض الزوج لها؛ لأن اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها، وأن له عليها يدًا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف، وإن أدركت لم يجز قبض الزوج والأب عليها؛ لأنَّها صارت وليَّة نفسها حين بلغت عاقلة.

قوله: فِي الصَّحِيحِ، متعلق بقوله: وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الأَبِ، أي: ويملك الزوج قبض الهبة لأجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح، وكان هذا احترازًا عما ذكر في «الإيضاح» بقوله: وتأويل هذه المسألة أن قبض الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأبُ حيًّا، هكذا ذكره الإمام الحاكم في «مختصره»، وإنما قلتُ هذا؛ لأن في **قوله:** بِخِلَافِ الأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرِهَا حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً، ليست رواية أخرى، حتى يقع **قوله:** فِي الصَّحِيحِ، احترازًا عنه.

قوله: لَا بِتَفْوِيضِ الأَبِ، هذا احتراز عن الزوج.

وَقَالَا يَصِحُّ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ هِبَةُ الجُمْلَةِ مِنْهُمَا، إِذِ التَّمْلِيكُ وَاحِدٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ. وَلَهُ أَنَّ هَذِهِ هِبَةُ النِّصْفِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا لَا يُقْسَمُ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ، وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ فَيَكُونُ التَّمْلِيكُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُهُ، وَعَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الحَبْسُ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَامِلًا، إِذْ لَا تَضَايُفَ فِيهِ فَلَا شُيُوعَ

قوله: كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ، بل أَوْلَى؛ لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة، حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة، بخلاف الهبة، ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أَوْلَى؛ ولأن الشيوع إنما يؤثر إذا وُجد في الطرفين جميعًا، فأمَّا إذا حصل في أحد الطرفين فلا يؤثر؛ لأنه لا يلحق بالمتبرع ضمانًا.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: قبض كل واحد منهما لاقى جزءًا شائعًا، وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة، كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة؛ وهذا لأن تأثير الشيوع باعتبار أن القبض لا يتم معه، وذلك موجود هاهنا، وكل واحد منهما لا يقبض إلا نصيبه، ولا يتم قبضه مع الشيوع؛ لأن القبض في المشاع لا يتحقق على سبيل الكمال.

فإن قيل: هلا علقتم الملكَ بالتسليم ولا شيوع فيه دون القبض، فإن الملك إنما يتعلق بالقبض لنفي الضمان عن المتبرع، فوجبَ أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض؟ قلنا: التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال؛ لأنه طريق للقبض، فإذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ، وإن لم يقبل الآخر، بخلاف ما إذا باع من اثنين فقبل أحدهما فإنه لا يصح.

فإن قلتَ: ما جوابُ أبي حنيفة رحمه الله عن قولهما بأن المعنى في عدم جواز هبة

وَلِهَذَا لَوْ قَضَى دَيْنَ أَحَدِهِمَا لا يَسْتَرِدُّ شَيْئًا مِنَ الرَّهْنِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى مُحْتَاجِينَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا جَازَ، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَى غَنِيَّيْنِ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا لَمْ يَجُزْ، وَقَالَا: يَجُوزُ لِلْغَنِيَّيْنِ أَيْضًا) جَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجَازًا عَنِ الآخَرِ، وَالصَّلَاحِيَّةُ ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ،

المشاع هو استحقاق ضمان المقاسمة على المتبرع، وذلك لا يوجد هاهُنا، فالعين يخرج من ملك المتبرع جملة، وأمَّا ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكهما، فلمَّا لم يوجد هاهنا ضمان المقاسمة الذي هو المانع في هبة المشاع وجبَ أن يجوز، وعن قولهما أيضـًا على وجه يلزمان قول أبي حنيفة رحمه الله عليه بأن يقولا: الإجارة عند أبي حنيفة رحمه الله لا تصح مع الشيوع، حتى أنه لا يجوز إجارة نصف الدار للشيوع، ثم هو يجوّز إجارة الدار من رجلين فينبغي أن يكون في الهبة كذلك.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول: فهو أن عدم جواز الهبة من رجلين عنده باعتبار نقصان القبض بسبب الشيوع، كما ذكرنا فيما إذا وهب لشريكه لا باعتبار ضمان المقاسمة على المتبرع، والدليل على أنه لا اعتماد هنا على انتفاء ضمان المقاسمة عن الواهب أن رجلين لو وهبا لرجلين على أن يكون نصيب أحدهما بعينه لأحدهما ونصيب الآخر للآخر، لا يجوز بالإجماع وليس على الواهبين ضمان المقاسمة.

وأمَّا الجواب عن الثاني: فإن المانع من إجارة المُشاع تعذر استيفاء المنفعة التي تناولها العقدُ من الجزء الشائع، وذلك لا يوجد في الإجارة من الرجلين؛ إذ المانع استحقاق عود المستأجر إلى يد الأجير في مدة الإجارة بحكم المهايأة، وذلك لا يوجد في الإجارة من الاثنين، ولهذا جاز إجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة، كذا في «المبسوط» وغيره.

قوله: جَعَلَ - أي: جعل أبو حنيفة رحمه الله - **كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجَازًا عَنِ الآخَرِ**، أي: جعل الهبة في فصل الفقير مجازًا عن الصدقة؛ حيث جوّز الهبة لهما مع الشيوع، وجعل الصدقة على الغنيين مجازًا عن الهبة؛ حيث لم تجوّز الصدقة على الغنيين كما لم تجوّز الهبة لهما.

وَفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ فِي الحُكْمِ. وَفِي الأَصْلِ سَوَّى بَيْنَهُمَا فَقَالَ: وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ فِي الفَصْلَيْنِ لِتَوَقُّفِهِمَا عَلَى القَبْضِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ اللهِ تَعَالَى وَهُوَ وَاحِدٌ، وَالهِبَةُ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ الغَنِيِّ وَهُمَا اثْنَانِ. وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ،

قوله: وَفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ فِي الحُكْمِ، أي: فرّق في رواية «الجامع الصغير» بين الصدقة والهبة؛ حيث جوّز الصدقة على الفقيرين ولم تجوّز الهبة على الغنيين.

قوله: وَفِي الأَصْلِ سَوَّى، أي: جعل حكم الصدقة بمنزلة حكم الهبة؛ حيث لم يجوّز الصدقة على شخصين مطلقاً **بقوله:** وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ، أي: لا تجوز الصدقة على رجلين عند أبي حنيفة رحمه الله كما لا تجوز الهبة لرجلين عنده، والظاهر أن المراد من **قوله:** وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ، أي: على الفقيرين، فكان لفظ الصدقة هاهُنا حقيقةً.

وذكر في «المبسوط»: قال الحاكم: يحتمل أن يكون مراده من **قوله:** وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ، الصدقة على الغنيين، فيكون ذلك بمنزلة الهبة؛ لأن فعل الهبة للفقير صدقة، والصدقة على الغني تكون هبة، والأظهر أن في المسألة روايتين.

وجه رواية الأصل ما بينا أن تمام الصدقة بالقبض كالهبة، وقبض كل واحد منهما يُلاقي جزءًا شائعًا، فلا تتم به الصدقة كما لا تتم به الهبة، ووجه الرواية الأخرى أن المتصدق يجعل ماله لله تعالى خالصًا، ولا يملكه الفقير من جهة نفسه، وإنما يملكه الفقير ليكون كفايةً له من الله تعالى بعد ما تمّت الصدقة من جهته، وإذا تصدق على رجلين فلا شيوع في الصدقة؛ لأنه جعل جميع العين لله تعالى خالصًا، والله تعالى واحد لا شريك له، بخلاف الهبة، ألا ترى أن الجهالة في المتصدق عليه لا يمنع صحة الصدقة، حتى إذا أوصى بثلث ماله صدقة على الفقراء يجوز، بخلاف ما لو أوصى به لقوم لا يحصون من الأغنياء، وكذلك إذا أوصى بعين للفقراء ولفلان، فنصفه لفلان واعتبر للفقراء سهم واحد، باعتبار أن الصدقة لله تعالى لا للفقراء.

وَالمُرَادُ بِالمَذْكُورِ فِي الأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّيْنِ. وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَاهَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ. وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ نِصْفُهَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِيهِ رِوَايَتَانِ، فَأَبُو حَنِيفَةَ

قوله: وَالمُرَادُ بِالمَذْكُورِ فِي الأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّيْنِ، فكان لفظ الصدقة حينئذٍ مجازًا عن الهبة.

قوله: وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَاهَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ، وحاصل هذه المسائل هو أن عند أبي يوسف رحمه الله لو أجمل أولًا الهبة لرجلين ثم فصَّل بالصاد المهملة، لو كان تفصيله على طريق التفاضل كالثلث والثلثين بأن قال: وهبتُ لكما لهذا ثلثاها ولهذا ثلثها، لا يجوز عنده، أمَّا لو أجمل أولًا بقوله: وهبتُ لكما، ثم فصل بالصَّاد المهملة وسوى النصيبين فقال: وهبتُ منكما، أو لكما نصفها لك ونصفها لك، يجوز عندهما خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله، ولو فصل ابتداءً بالتنصيف من غير سابقة الإجمال بأن قال لأحدهما: وهبتُ لهذا نصف الدار ولهذا نصفها، لم يجز بلا خلاف، هكذا ذكر في عامة النسخ من «الذخيرة»، و«الإيضاح» وغيرهما.

وذكر في الكتاب: عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِيهِ رِوَايَتَانِ.

وأمَّا لو فصَّل ابتداءً على طريق التفاضل بالأثلاث لم يذكر هذا في الكتُب، فينبغي أن لا يجوز عندهما أيضًا، كما لو فصَّل ابتداءً بالتنصيف على ما عليه عامة النسخ، وأمَّا عند محمد رحمه الله فلو فصَّل بعد الإجمال يجوز، سواء كان ذلك التفصيل على طريق التفاضل كالأثلاث، أو على طريق التساوي كالأنصاف، وفي الرهن لا يجوز سواء كان ذلك التفصيل بعد الإجمال، أو كان التفصيل ابتداءً، وسواء كان التفصيل بطريق التساوي، أو بطريق التفاضل.

والدليل على أن الحكم هكذا ما ذكره في «الإيضاح»، و«الأسرار» بقوله:

- رَحِمَهُ اللهُ - مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال لرجلين: وهبتُ لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها فهو جائز، ولو قال: وهبتُ لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز، ولو قال: وهبتُ لكما هذه الدار ثلثها لهذا والثلثين لهذا، لم يجز في قول أبي يوسف رحمه الله، وجاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وجه قول محمد رحمه الله أن هذا التفصيل لو كان موجبًا شيوعًا في العقد لا يستوي فيه التفاضل والتساوي كما في الرهن، فإنه لو قال: رهنتُ منكما النصف من هذا والنصف من هذا لم يجز، وكذلك لو قال: الثلث من هذا والثلثين من هذا، وهاهنا لمَّا جاز في حالة التساوي ولم يوجب شيوعًا في العقد، فكذا في حالة التفاضل.

ويتضح ما ذكرنا بما ذكر من الدليل في الطرفين في «المبسوط» زيادة إيضاح، فقال فيه: فأبو يوسف رحمه الله يقول في حالة التفصيل بالصاد المهملة: متى كانت لا تخالف حالة الإجمال فالتفصيل لغو، ومتى كانت تخالف حالة الإجمال فلا بد من اعتبار التفصيل؛ لأن كلام العاقل معتبر لفائدته لا لعينه، فإذا لم يكن مفيدًا لا يعتبر، فإذا نصّف بينهما فالتفصيل لا يخالف الإجمال؛ لأن موجب العقد عند الإجمال أن يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله، وإذا تفاوتَ بينهما فالتفصيل يخالف الإجمال فيجب اعتباره، فإذا اعتبر بتفريق العقد فكأنه أوجبَ لكل واحد منهما العقد في جزء شائع على حدة، وقاس بالرَّهن، فإنه لو رهن من رجلين مطلقًا يجوز، وإذا فصّل، أي: بالصاد المهملة لا يجوز؛ لأن بالتفصيل يتفرق العقد، إلا أن هناك يستوي إن فضّل، أي: بالضّاد المعجمة، أو سوَّى في التفصيل؛ لمخالفة حالة التفصيل حالة الإجمال في الوجهين، فإن عند الإجمال يثبت حق الجنس لكل واحد منهما في الكل، وعند التفصيل لا يثبت.

ومحمد رحمه الله يقول: العقدُ والتسليمُ من الواهب جملة، وإن فضل وفصّل فيجوز، كما إذا أطلق أو سوى في التفصيل، وهذا لوجهين:

أحدهما: أن الإطلاق في الهبة كالتفصيل، حتى لو وهب لرجلين عينًا لا يحتمل

وَالفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى الأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ المِلْكِ

القسمة فقبلَ أحدهما دون الآخر يجوز، كما لو فرق العقد، والثاني: أن العقد متى كان جملة عند الإطلاق فبالتفصيل لا يتفرّق في عقود التمليكات كما في البيع، فإن رجلًا لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهمًا فقبل المشتري العقد في أحدهما لا يجوز، ولو قبل فيهما ونقد ثمن أحدهما لا يكون له أن يقبض ما نقد ثمنه، وكذا لو فصّل فسمًّى لكل واحد منهما ثمنه، فعرفنا أن بالتفصيل لا يتفرق العقد.

وذكر في «الأسرار» بعد ما ذكر الدليل من الطرفين قال: وكلام محمد رحمه الله أوضح؛ لأن افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد هاهنا، ولا يثبت بالتفصيل، كما لو قال: نصفين، وإنما يثبت بالتفصيل التفاضل في النصيب، والمبطل للهبة نفس الشيوع، ولا شيوع بأنصباء متفاوتة، فلما صحَّ الهبة لرجلين مع شرط التفصيل علم أن المبطِل شيوع من الطرفين جميعًا، دون طرف الموهوب لهما، وكذا تأخير دليل محمد رحمه الله في «المبسوط» دليل على أن فيه أيضًا اختيار قول محمد رحمه الله.

وإذا ثبتَ هذا جئنا إلى لفظ الكتاب، وقوله: فَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ، فإن عنده في الإجمال لا يجوز في هذا، فعند التفصيل أوْلَى أن لا يجوز.

قوله: وَالفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: بين الإجمال والتفصيل، حيث جوّز في الإجمال في قوله: وهبتُ لكما هذه الدار، ولم يجوّز في التفصيل ابتداءً في قوله: وهبتُ لك نصفها ولهذا نصفها، أو قال: لهذا ثلثيها ولهذا ثلثها، على ما ذكرنا.

ولكن في تعليل أبي يوسف رحمه الله في قوله: أَنَّ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى الأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ المِلْكِ فِي البَعْضِ، إلى آخره، نوع إخلال؛ حيث لا يعلم بما ذكر ما فيه موضع خلافه من الأبعاض، وما ليس فيه خلاف من الأبعاض، فإنه لو نصَّ على الأبعاض بطريق التنصيف بعد الإجمال، كما في قوله: وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها، فهو جائز على ما ذكرنا من رواية «الأسرار»، و«الإيضاح»، وكذلك رواية «الذخيرة»، وإنما لا يجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الإجمال، وفي التنصيص

فِي البَعْضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ وَنَصَّ عَلَى الأَبْعَاضِ.

على الأثلاث غير مشروط تقدّم الإجمال في أنه لا يجوز عنده، والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

بَابُ مَا يَصِحُّ رُجُوْعَهُ وَمَا لا يَصِحُّ

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا رُجُوعَ فِيهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا يَرْجِعُ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ»

بـابُ الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، حتى يصح الرجوع والفسخ، احتاج إلى بيان مواضع الرجوع وموانعه، وهذا بابه.

قوله: وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا، هذا اللفظ يحتاج إلى القيود، أي: إذا وهبَ هبة لأجنبي، أو لذي رحم ليس بمحرم(١)، أو لذي محرم ليس برحم(٢)، وسلمها إليها ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجيَّة، والعوض، والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة، فله الرجوع فيها إمَّا بالقضاء أو بالرضاء من غير استحباب، بل هو مكروه، وإنما قلنا: أن هذه القيود محتاج إليها؛ لأن التخصيص في الرواية يدل على نفي ما عداه على ما ذكرنا في **قوله**: وَلَيْسَ عَلَى المَرْأَةِ أَنْ تَنْقُضَ ضَفَائِرَهَا.

ثمَّ هاهنا في تخصيص الأجنبي مطلقاً توهم أن في بني الأعمام والأخوال لا يرجع؛ لأنَّهم أقارب بدليل جريان الإرث بينهم بالقرابة، فلذلك قيَّدنا بقولنا: أو لذي رحم ليس بمحرم، وكذلك قيّدنا بقولنا: أو لذي محرم ليس برحم، احترازًا عمَّن يحرم عليه بالرضاعة والصهرية، فإن لفظ الأجنبي بإطلاقه لا يتناولهم، فكان فيه وهم عدم الرجوع وليس كذلك،

---

(١) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): كبني الأعمام والأخوال.

(٢) في هامش نسخة يوسف آغا (يغ): كالأخ الرضاعي.

وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمْلِيكَ، وَالعَقْدُ لا يَقْتَضِي مَا يُضَادُّهُ، بِخِلَافِ هِبَةِ الوَالِدِ

فلذلك ذكر في «المبسوط» بهذين القيدين، وقيَّدنا بالتسليم إليه؛ لأنه إذا لم يسلم الهبة إلى الموهوب له بعد الإيجاب والقبول، فله ولاية الرجوع وإن كانت في الرحم المحرم، والرواية محفوظة في «الذخيرة»، فلو أجرينا الرواية على إطلاقها فيلزم التسوية بين الأجنبِي وغير الأجنبِي في حق الرجوع من جميع الوجوه، وليس كذلك.

وقيَّدنا بقولنا: ولم يقترن به ما يمنع الرجوع؛ لأن المراد من الأجنبي من ليس بقريب، بدليل ذكر ذي الرحم المحرم بمقابلته في الحديث على ما يجيء، وهو بالزوجية لا يخرج عن كونه أجنبيًّا، ولو قلنا: المراد به من ليس بقريب ولا زوج، فبالعوض والزيادة وغيرهما لا يخرج عن كونه أجنبيًّا على ذلك التقدير، فيجب الاحتراز عنه.

وقيَّدنا بقولنا: باقتران الموانع حالة عقد الهبة؛ لأن الرواية منصوصة في «الذخيرة»، وفي الكتاب يجيء بعد هذا أنه إذا وهبَ لامرأة شيئاً ثم تزوّجها كان له حق الرجوع، وأمَّا إذا وهبَ لامرأته ثم أبانَها لم يكن له حق الرجوع، ثم قال: وهذا دليل على أن المعتبر حالة الهبة.

وقيَّدنا بقولنا: بأن صحة الرجوع إمَّا بالقضاء أو بالرضاء؛ لأنه ليس له ولاية الرجوع بعد التسليم بدون أحد منهما، وإطلاق الرواية بقوله: فله الرجوع توهم، بل يُوجب صحة الرجوع بدون واحد منهما، وليس كذلك.

وقيَّدنا بقولنا: من غير استحباب بل هو مكروه؛ لأن في بعض الروايات، وهي رواية «المبسوط»: أن الرجوع غير مستحب، وفي بعضها وهي رواية «الإيضاح»، و«المغني» والكتاب: أنه مكروه، ولو لم يقيّد به يلزم الإطلاق من قوله: فَلَهُ الرُّجُوعُ، من غير كراهة، وليس كذلك، فهذه قيود سبعة يحتاج إليها في هذه الرواية، وهي مستفادة من روايات الكتب التي ذكرتها.

ثم المراد من الهبة هنا الموهوب؛ لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان لا في حق الأقوال.

قوله: بِخِلَافِ هِبَةِ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ عَلَى أَصْلِهِ، فإن من أصل الشافعي رحمه الله أن للأب في مال الابن حق الملك، وعن هذا لم يجوّز للأب أن يتزوج أمة ابنه؛ لأن له فيها حق الملك؛

لِوَلَدِهِ عَلَى أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ التَّمْلِيكُ؛ لِكَوْنِهِ جُزْءًا لَهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا» أَيْ مَا لَمْ يُعَوَّضْ؛ وَلِأَنَّ المَقْصُودَ بِالعَقْدِ هُوَ التَّعْوِيضُ لِلْعَادَةِ،

لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه»، وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنت ومالك لأبيك»، وهذا بظاهره يُوجب حقيقة الملك في مال ابنه، ثمَّ هو إن لم تُثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت الحق، فلا يجوز له أن يتزوج أمته لذلك، كما لا يجوز للمولى أن يتزوج أمة مكاتبة، إلى آخره، كذا في نكاح «الأسرار»، و«المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ التَّمْلِيكُ؛ لِكَوْنِهِ جُزْءًا لَهُ، كما في الزكاة.

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»، ولا يقال: إن المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة؛ لأنَّا نقول: لا يصح ذلك؛ لأنه أطلق اسم الهبة على المال، وهذا لا يكون قبل القبض والتسليم؛ ولأنه صلَّى الله عليه وسلَّم جعله أحق بها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيه حق، وذلك إنما يكون بعد القبض، ولأنه لو كان كذلك لخلا **قوله:** «مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا» عن الفائدة، إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله.

قوله: وَلِأَنَّ المَقْصُودَ بِالعَقْدِ هُوَ التَّعْوِيضُ لِلْعَادَةِ، فإن قيل: هذا الذي ذكره عكس العادة لا العادة، فلو كان مقصوده التعويض لباشر في التجارة وفي الهبة بشرط العوض، وكلامنا في هبة غير مشروط فيها العوض، وفي مثلها يطلب الثناء والشكر وإظهار الجود والسماحة.

قلنا: نعم هذا مقصود كرم الخلق لا عادة النفس، وبحكم تكرّم الخلق عندنا لا يرجع، ومن رجع لا يكون كريم الخلق، إلا أنه أمر لا يجب فعله بالقضاء، بل يفتى فتوى، والكلام فيما يدخل تحت القضاء وذلك مبنى على العادة فيما دون كرم الخلق؛ لأن مقصوده طيب النفس العوض، ومعنى التودد إنما يحصل بالعوض كما قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»، فإن التفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين.

يُوضحه: أن المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافاة؛ لأن الإنسان يُهدي

فَتَثْبُتُ لَهُ وِلَايَةُ الفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِهِ، إِذِ العَقْدُ يَقْبَلُهُ، وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرُّجُوعِ وَإِثْبَاتِهِ لِلْوَالِدِ؛ لِأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ لِلْحَاجَةِ وَذَلِكَ يُسَمَّى رُجُوعًا.

إلى من فوقه ليصونه بجاهه، وإلى من دونه ليخدمه، وإلى من يُساويه ليعوضه، ومنه يقال: الأيادي قروض، وقال القائل:

فإذا جُوزِيتَ قَرْضاً فاجْزِهِ * إنّما يَجْزِي الفَتَى لَيسَ الحَمَلْ

المراد بالمجازاة هُنا الابتداء كما في قولهم: كما تُجازي تُجازَى، والمعنى: إذا أقرضتَ قرضًا، أي: أعطيتَ شيئاً فاجزه، والمراد بالفتى الكريم، والمراد من الحمل الجاهل، أي: إنما يجزي العاقل لا الجاهل، والحَمل مثل في البلَه، كذا في «المعرب» المهملة العين، وبه تبيَّن أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا، بل لتمكن الخلل في المقصود بالعقد، على أن المعروف كالمشروط.

قوله: فَتَثْبُتُ لَهُ وِلَايَةُ الفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِهِ - أي: فتثبت للواهب ولاية فسخ الهبة عند فوات التعويض - إِذِ العَقْدُ يَقْبَلُهُ، أي: يقبل الفسخ.

فإن قلتَ: يُشكل على قوله: المَقْصُودَ بِعَقْدِ الهبة التَّعْوِيضُ، فتثبت ولاية الفسخ عند فوات التعويض ما إذا وهبَ هبةً لعبد ذي الرحم المحرم، فإن له أن يرجع على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ومعلوم أن مقصوده هناك ليس بتعويض؛ لأن العبد ليس من أهل أن يعوض كما لا يرجع في الهبة من الفقير، لعلمنا أنه لم يقصد به العوض خصوصًا في عبد ذي الرحم المحرم، والمقصود منه الصلة لا العوض؛ لانتقال الملك إلى مولاه.

قلتُ: العبد من أهل أن يعوض بمنافعه التي توجد منه، ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى، فكان المقصود بالهبة منه ما هو المقصود بالهبة للحر وهو العوض، وأمَّا الهبة للفقير فعبارة عن الصدقة، وأمَّا قوله: ففي عبد ذي الرحم المحرم المقصود من الهبة الصلة، فقلنا لو كان العقد مع ذي الرحم المحرم فالأمر كذلك، وأمَّا هاهنا العقد وقع العبد لا مع القريب، ألا ترى أن القبول والرد يُعتبر منه دون المولى، إلى آخره، كذا ذكره في الباب الأول من هبة «المبسوط».

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ فَلَهُ الرُّجُوعُ لِبَيَانِ الحُكْمِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلَازِمَةٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ» وَهَذَا لِاسْتِقْبَاحِهِ.

ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضَهَا فَقَالَ: (إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا) لِحُصُولِ المَقْصُودِ،

قوله: وَالمُرَادُ بِمَا رُوِيَ نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرُّجُوعِ، أي: لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك، فينفرد بالأخذ لحاجته، وسمّي ذلك رجوعًا باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعًا في الحكم، كما رُوي: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل رجلًا على فرس في سبيل الله تعالى ثم رأى ذلك الفرسُ يُباع فأراد أن يشتريه، فسأل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم عن ذلك فقال: لا تعد في صدقتك»، والشراء لا يكون رجوعًا في الصدقة حكمًا، أو المراد لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروة، وهو كقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره إلى جنبه طاوٍ»، أي: لا يليق ذلك بالديانة والمروَّة، وإن كان جائزًا في الحكم إذا لم يكن عليه حق واجب.

قوله: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ» وَهَذَا لِاسْتِقْبَاحِهِ، أي: لا لتحريمه، وبهذا يبقى ما تمسَّك به الشافعي رحمه الله في عدم جواز الرجوع في الهبة للأجنبي فنقول: شبَّهه بالعود في القيء والعود في القيء حرامٌ، فكذلك الرجوع في الهبة.

وإنما نقول: المرادُ من ذلك التشبيه الاستقباح والاستقذار بدليل الحديث الآخر فقال: «العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود»، حيث شبَّهه بعود الكلب في قيئه، وفعل الكلب يُوصف بالقبح لا بالحرمة، وبه نقول أنه يستقبح، هذا كله من «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضَهَا، أي: القدوريّ رحمه الله، وجمعها القائل في قوله:

وَمَانِعٌ عَنِ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ * يَا صَاحِبِي حُرُوفُ دَمْعٍ خَزَقَهُ

فالدال الزيادة، والميم موت الواهب أو الموهوب له، والعين العوض، والخاء الخروج عن ملك الموهوب له، والزاي الزوجة، والقاف القرابة، والهاء هلاك الموهوب.

(أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً)؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى الرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ الإِمْكَانِ

وقوله: أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً، وفي هذا قيدان:

أحدهما نفس الزيادة، وإنما قيَّد بها؛ لأن النقصان في الهبة بفعل الموهوب له أو لا بفعله لا يمنع الرجوع.

والثاني: قيد الزيادة المتصلة، فإنَّها لو كانت منفصلة لا يمنع الرجوع، حتى أن الجارية الموهوبة إذا ولدت فللواهب أن يرجع فيها ولا يرجع في ولدها، وقال أبو يوسف رحمه الله: إنما يرجعُ فيما إذا استغنى الولد عنها.

ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيءٍ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسّمن والجمال، أمَّا لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته، بل يورث نقصاناً فإنه غير مانع للرجوع، كما لو وهبه غلامًا فطال عند الموهوب له وكان ذلك الطول نقصانًا بحيث ينقص ثمنه فهو ليس بزيادة حقيقةً فلا يمنع الرجوع، فإنه قد يكون الشيء زيادة صورةً نقصاناً معنى كالإصبع الزائدة وما أشبه ذلك، هذا كله في «الذَّخيرة».

فإن قلتَ: كيف انعكست هذه المسألة بمسألة الرد بالعيب في الصورتين سواء بسواء، فإن الزيادة المتصلة لا تمنع عن رد المبيع بالعيب هناك، والزيادة المنفصله تمنع على ما ذكرتُه في باب خيار العيب من كتاب البيوع، وفي الهبة تمنع المتصلة عن الرجوع ولا تمنع المنفصلة، فما الفقه في هذا؟ فبين لنا من ربك مستبينًا، تجده بفضله العميم مثيبًا.

قلتُ: والفقه فيه هو أن المبيعة إذا ولدت ولدًا يمنع الرد بالعيب؛ وذلك لأنه لو رد لا يخلو: إما أن يرد المبيعة وهي الأصل مع الولد وهو الزيادة، أو يرد الأصل لا غير، فلا وجه لرد الأصل مع الولد؛ لأنه لو رد الولد لا يخلو: إمَّا أن يرد مقصودًا أو بطريق التبعية للأم، فلا وجه لردِّه مقصودًا؛ لأن الرد بالعيب فسخ العقد من الأصل، وفسخ العقد إنما يكون في حق الذي وردَ عليه العقد، ولم يكن العقد ورد عليه فكيف يفسخ العقد في حقه مقصودًا؟

ولا وجه لفسخ العقد في حقه تبعًا للأصل؛ لأن الولد بعد الانفصال ليس بتبع للأصل

وَلا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ العَقْدِ.

لا حقيقةً وهو ظاهر، ولا حكماً فإن شيئاً من أحكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض، ولا وجه أيضاً لفسخ العقد في حق الأصل دون الولد؛ لأن الولد مبيع من وجه؛ لأنه متولدٌ من المبيع، والمتولد من الشيء يحدث على صفة الأصل كالمتولد من المدبَّرة والمكاتبة، وما يكون مبيعًا من كل وجه لا نسلم للمشتري بعد فسخ العقد مجاناً بغير عوض؛ لأنه ربًا فكذا ما يكون مبيعًا من وجه، وهاهنا لو فعلنا هكذا بعد فسخ العقد في حق الأصل يبقي الولد سالماً للمشتري مجاناً بغير عوض في ضمن البيع وهو عين الربا، وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في الهبة؛ لأنه يجوز أن يكون الولد موهوبًا من غير أصل لعدم لزوم الربا؛ لأن الربا مخصوص بباب البيع، أمَّا الزيادة المتصلة كالسّمن والجمال بأن كانت جارية مهزولة فسمنت فتمنع الهبة عن الرجوع؛ لأن الواهب لو رجع إمَّا أن يرجع مع الزيادة، لا وجه له؛ لأن الزيادة غير موهوبة ولا يمكن الرجوع فيها، ولا وجهَ لرجوع الزيادة أيضاً هاهُنا بطريق التبعية للأصل إذا لم يرضَ من له الحق في الزيادة وهو الموهوب له في الرجوع.

بخلاف ردِّ المبيع بالعيب مع الزيادة المتصلة؛ لأن من له الحق في الزيادة وهو المشتري راض، لكون الزيادة المتصلة تبعًا للأصل؛ لأنه هو الذي يرده بدون اختيار البائع، وللزيادة المتصلة صلاحيَّة التبعية، وأمَّا هاهنا من له الحق في الزيادة وهو الموهوب له غير راض للرجوع، فالرجوع بدون رضاه إنما يرد على الموهوب لا على غير الموهوب وهو الزيادة، ولا وجه أيضاً لرد الأصل بدون الزيادة؛ لأن الكلام في الزيادة المتصلة وهي لا تنفك عن الأصل، فامتنع الرجوع في الهبة في الزيادة المتصلة دون المنفصلة، بخلاف الرد بالعيب لذلك، إلى هذا أشار في بيوع «الذخيرة»، وهبة «الإيضاح».

قوله: وَلا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ دُخُولِهَا، فنذكر هاهنا جواز الرد بالعيب مع الزيادة المتصله، مع أن الزيادة لم تدخل في البيع أيضاً، وجوابُه الذي ذكرته آنفاً.

وذكر في «المبسوط»: والزيادة من حيث السعر غير مانعة؛ لأن ذلك ليس بزيادة في العين، فإنه عبارة عن كثرة رغبات الناس فيه، فأمَّا العين على حالها كما كانت، وفي «الذخيرة»: رجل وهبَ لرجل جارية أعجميَّة فعلَّمها القرآن والكلام والكتابة، فللواهب أن يرجع فيها،

قَالَ: (أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ)؛ لِأَنَّ بِمَوْتِ الْمَوْهُوبِ لَهُ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الْوَرَثَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَإِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْعَقْدِ إِذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ. قَالَ: (أَوْ تَخْرُجُ الْهِبَةُ عَنْ مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطِهِ فَلَا يَنْقُضُهُ، وَلِأَنَّهُ تَجَدُّدُ الْمِلْكِ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ.

ثم قال: وهو خلاف قول محمد رحمه الله.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله في هذه الصورة: لا يرجع الواهب في الهبة لحدوث الزيادة في العين، وعلى قول زفر رحمه الله تعليم الحرف وما أشبه ذلك لا يمنع الرجوع، ومن وهبَ لآخر كرباسًا فقصره الموهوب له فليس للواهب أن يرجع فيه، بخلاف الغسل، ومن وهب من آخر عبدًا كافرًا فأسلم في يد الموهوب له فليس للواهب أن يرجع فيه؛ لأن الإسلام زيادة فيه، وعن محمد رحمه الله: له أن يرجع فيه، رجل وهب لرجل رضيعًا فشبَّ عند الموهوب له وكبِّر وطال ثم صار شيخًا، فأراد الواهب أن يرجع فيه، وقيمته الساعة أقل من قيمته حين وهبه، فليس له أن يرجع فيه؛ لأنه زاد من وجه وانتقص من وجه، وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك.

قوله: لِأَنَّ بِمَوْتِ الْمَوْهُوبِ لَهُ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الْوَرَثَةِ، فإن قلتَ: لم يجعل موت المورث في حق خيار العيب بمنزلة انتقال الملك إلى الورثة، بل جعل ملك الوارث في التَّركة في حكم بقاء ملك المورث، حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه كما للمورث، على ما مرَّ هذه المسألة في باب خيار الشرط، مع أن الرد بالعيب فسخ للعقد من الأصل أيضًا كما في الرجوع في الهبة، فلِمَ جعل هاهنا بمنزلة انتقال الملك إلى الورثة، حتى انقطع بموت الموهوب له أو الواهب الرجوع في الهبة.

قلتُ: لمعنًى قد ذكرناه هناك، وهو أن التوريث إنما يجري في الأعيان لا في الأوصاف، والخيار الذي هو عبارة عن المشيَّة وصف كما في خيار الشرط، ثم في خيار البيع استحق المورث المبيعَ سليمًا والذي اشتراه معيب، وذلك المعيب انتقل إلى وارثه كما هو، فلو

قَالَ: (فَإِنْ وَهَبَ لِآخَرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ فَأَنْبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلًا أَوْ بَنَى بَيْتًا أَوْ دُكَّانًا أَوْ آرِيًّا وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا)؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ. وَقَوْلُهُ وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ لِأَنَّ الدُّكَّانَ قَدْ يَكُونُ صَغِيرًا حَقِيرًا لَا يُعَدُّ زِيَادَةً أَصْلًا، وَقَدْ تَكُونُ الْأَرْضُ عَظِيمَةً يُعَدُّ ذَلِكَ زِيَادَةً فِي قِطْعَةٍ مِنْهَا فَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِهَا.

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ رَجَعَ فِي البَاقِي)؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ بِقَدْرِ المَانِعِ (وَإِنْ

قلنا فيه أن للوارث أن يردَّه كان ذلك قولًا بتوريث الأعيان وهو صحيح، وأمَّا هاهنا لو قلنا بتبقية خيار الرجوع لوارث الواهب كان ذلك قولًا بالتوريث في الخيار، وهو وصف محض فلا يصح كما في خيار الشرط، وكذلك انقطع بموت الموهوب له؛ لأن ملك وارثه فيه ملك جديد حقيقةً؛ لأنه لم يكن له ثابتًا من قبل فحدث، فصار كأنه انتقل إليه في حالة الحياة، فلا يصح الرجوع في الملك الجديد؛ لأنه لم يجز العقد بينهما؛ ولأنه تجدد الملكُ بتجدد سببه؛ لأن تبدل الملك كتبدل العين، ففي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب.

قوله: آرِيًّا، الآري: هو المِعْلَفُ عند العامة، وهو مراد الفقهاء، وعند العرب الآريُّ: الآخيةُ، وهي عروة حبل تشد بِها الدابة في محبسها، فاعُولٌ من: تأَرَّىَ بالمكان إذا أقامَ فيه، كذا في «المغرب».

قوله: وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً، أي: وقد كان، والواو للحال، وفي «الذخيرة»: وإن كان لا تعد زيادة كالآري، أو يعد نقصانًا كالتنّور في الكاشانة لا يمنع الرجوع، فالمانع من الرجوع الزيادة في الماليَّة بزيادة في العين.

وفي «الجامع الصغير» لصدر الإسلام رحمه الله: **وقوله:** وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا، يُريد بهذا أن بنى دُكَّانًا يُعد ذلك زيادة في الدار؛ وهذا لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار، فإنه تزداد بها قيمة كل الدار، كما إذا كان في إحدى عينيها بياض فزال البياض فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية، وإن كانت في موضع خاص، كذا هذا.

لَمْ يَبِعْ شَيْئًا مِنْهَا لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي نِصْفِهَا)؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي كُلِّهَا فَكَذَا فِي نِصْفِهَا بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى.

قَالَ: (وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا كَانَتِ الهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»؛ وَلِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا صِلَةُ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ (وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا الصِّلَةُ كَمَا فِي القَرَابَةِ، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى هَذَا المَقْصُودِ وَقْتَ العَقْدِ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَمَا وَهَبَ لَهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ أَبَانَهَا بَعْدَمَا وَهَبَ فَلَا رُجُوعَ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ المَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِكَ أَوْ بَدَلًا عَنْهَا،

قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا الصِّلَةُ كَمَا فِي القَرَابَةِ، فإن ما بينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة، ولهذا يتعلق بها التَّوارث من الجانبين من غير حجب، ويمتنع قبول الشهادة من كل واحد منهما لصاحبه؛ وهذا لأن المقصود حصل بالهبة، وهو تحقيق ما بينهما من معنى السَّكن والازدواج، وفي الرجوع إيقاعُ العداوة فيما بينهما والنفرة، والزوجية لمعنى الألفة والمودَّة، فلا يجوز لأحدهما الإقدام على ما يُضاده، ولهذا كان مانعًا من الرجوع فيما بين القرابات، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا قَالَ المَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ خُذْ هَذَا، إلى آخره، وفي «فتاوى قاضي خان» رحمه الله و«جامعه الصغير»: وصورة التعويض أن يذكر لفظًا يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول الموهوب له: هذا عوض هبتك، أو جزاء هبتك، أو ثواب هبتك، أو بدل هبتك، أمَّا إذا وهبَ من الواهب شيئًا ولم يعلم أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته.

وفي «المبسوط»: وسواء أن كان العوض شيئًا قليلًا أو كثيرًا، من جنس الهبة أو من غير جنسها؛ لأن هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا، وإنما تأثير العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصيل المقصود، ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير إذا بيَّنه للواهب

أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا فَقَبَضَهُ الوَاهِبُ سَقَطَ الرُّجُوعُ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَهَذِهِ العِبَارَاتُ تُؤَدِّي مَعْنًى وَاحِدًا (وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ المَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَ الوَاهِبُ العِوَضَ بَطَلَ الرُّجُوعُ)؛

ورضي الواهب به، ويشترط شرائط الهبة في العوض من القبض والإقرار؛ لأنه تبرع.

قوله: وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ المَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَ الوَاهِبُ العِوَضَ بَطَلَ الرُّجُوعُ، فإن قلتَ: ما فائدة **قوله: مُتَبَرِّعًا**، فإن الحكم في غير المتبرع بأن أمر الموهوب له رجلًا بالتعويض فعوّضه بشرط أن يضمنه الموهوب له كذلك يبطل الرجوع.

قلتُ: إثبات الحكم بالطريق الأَوْلَى، فإنه لما بطل الرجوع بتعويض المتبرع أَوْلَى أن يبطل بتعويض غير المتبرع؛ لما أن تعويض غير المتبرع بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه؛ لأن الموهوب له يؤدى إلى المعوّض مثل ما عوَّضه حينئذٍ، فكان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه، ولو عوضه بنفسه لم تبق شبهة في بطلان حق الرجوع، فكذلك في تعويض غير المتبرع بأمره.

ثم اعلم أن هاهنا مسألة لا بدَّ من معرفتها وهي: أن الأجنبي إذا عوض الواهب عن هبته لا يرجع على الموهوب له بما عوَّضه، سواء كان تعويضُه بأمر الموهوب له أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحًا، بخلاف قضاء الدين، فإنه إذا أمر إنسانًا بقضاء دينه يرجع على الآمر بما أدَّى من غير شرط ضمان للآمر، فوجه الفرق بينهما هو أنه إذا كان بغير أمره، فلا يشكل في أنه لا يرجع على الموهوب له بما عوض؛ لأنه متبرع محضٌ، ولا رجوع للمتبرع على أحد، وأمَّا إذا كان التعويض بأمر الموهوب له فلا يرجع أيضاً؛ لأن التعويض لم يكن مستحقًّا على الموهوب له، وإنما أمره بأن يتبرع بمال نفسه على غيره، وذلك لا يثبت له حق الرجوع عليه من غير ضمان؛ ولأن الأجنبي مالك للتعويض بدون أمره فلا معتبر بأمره فيه.

بخلاف الدين، فإنه إذا أمر إنسانًا بقضاء دينه يرجع عليه بما أدَّى؛ لأن الدين كان مملوكاً في ذمَّته، وكان هو مطالباً به فقد أمره بأن يُسقط عنه المطالبة بمال مستحقّ عليه،

لِأَنَّ العِوَضَ لِإِسْقَاطِ الحَقِّ فَيَصِحُّ مِنَ الأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الخُلْعِ وَالصُّلْحِ (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ العِوَضِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ (وَإِنِ اسْتَحَقَّ نِصْفَ العِوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الهِبَةِ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعُ) وَقَالَ زُفَرُ:

وأمره بأن يملكه ما في ذمَّته بعوضٍ، ولو أمره أن يملكه عيناً بعوضٍ رجع عليه بما أدَّى فيه من ملك نفسه، فهذا مثله، وهاهُنا لم يكن للواهب في ذمة الموهوب له ملك، فالمعوِّض غير مُملك منه شيئاً، ولا هو مُسقط عنه مطالبة مستحقة؛ لأنه ما كان يستحق عليه التعويض، إنما كان للواهب حق الرجوع فقط، والموهوب له كان متمكناً من إسقاط حقه بدون التعويض بأن يتصرف فيه، ولهذا لا يرجع عليه المعوّض بأمره إذا لم يضمن له، ألا ترى أنه فيما فوق هذا لا يرجع بالأمر بدون الشرط، نحو ما إذا قال: كفّر يميني من طعامك وأدِّ زكاة مالي بمالك، فهذا أَوْلَى، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ العِوَضَ لِإِسْقَاطِ الحَقِّ، أي: لإسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين.

قوله: وَالصُّلْحِ، أي: كصلح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز، ويسقط الدين عن المديون، فهذا مثله، كذا في «المبسوط».

اعلم أن هاهنا مسألة أيضاً لا بدَّ من معرفتها، وهي أن العوض ينبغي أن يكون من المال الذي هو غير الموهوب، أمَّا إذا عوّض شيئاً من الموهوب عوض الموهوب لا يجوز؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: وإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضًا، وكان للواهب أن يرجع في الهبة، وكذلك إذا كانت الهبة دارًا والمعوض بيتًا منها.

وعن زُفر رحمه الله أن هذا يكون عوضًا؛ لأن ملك الموهوب له تمَّ في الموهوب بالقبض، فالتحقق المقبوض بسائر أمواله، وكما تصلح سائر أمواله عوضًا عن الهبة قلَّ ذلك أو كثر، فكذلك هذا.

وجه قولنا أن مقصود الواهب بهذا لا يحصل؛ لأنا نعلم يقينًا أنه بِهبة ألف درهم له ما قصد

يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ اعْتِبَارًا بِالعِوَضِ الآخَرِ. وَلَنَا أَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْكُلِّ مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَبِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لا عِوَضَ إِلَّا هُوَ،

تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه؛ لأن ذلك كان شيئًا سالمـًا له.

قوله: اعْتِبَارًا بِالعِوَضِ الآخَرِ، أي: الموهوب، فإن زفر رحمه الله يقيس العوض بالموهوب، فإنه لو استحق نصف الموهوب كان للموهوب له أن يرجع في نصف العوض، فكذلك إذا استحق نصف العوض؛ لأن كل واحد منهما يصير مقابلًا بالآخر كما في بيع العرض بالعرض، فإنه إذا استحق نصفَ أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ - أي: أن الباقي من العرض - يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْكُلِّ مِنَ الِابْتِدَاءِ؛ إذ بِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لا عِوَضَ إِلَّا هُوَ، فإن قيل: في الابتداء يجعل تمليك النصف عوضًا له عن جميع الهبة، فأمَّا في الاستحقاق فهو قد جعل تمليك الكل عوضـًا عن جميع الهبة، فيكون ذلك تنصيصًا منه على أن النصف عوض عن نصف الهبة، فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضًا عن الجميع.

قلنا: هذا يستقيم في المبادلات؛ لأن البعض ينقسم على البعض لتحقيق المقابلة، وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة، فلا يثبت هذا التقسيم في حقه، ولكن كل جزء من أجزاء العوض يكون عوضًا عن جميع الهبة، فلا يكون له أن يرجع في شيءٍ من الهبة مع سلامة جزء من العوض.

وذكر في «الأسرار»: بخلاف ما إذا كان العوض شرطـًا؛ لأنَّها يتم بيعًا ومبادلة، فيُوزّع البدل على المبدل، فأمَّا في مسألتنا فالسقوط حكم والعوض علة، والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزّع على العلل وإن كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علة إذا بقي ما يصلح علة.

ولم يذكر في الكتاب جواب قياسه، فالجواب عنه وهو الفرق بين استحقاق نصف

إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ كُلُّ العِوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ. قَالَ: (وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا) رَجَعَ الوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوِّضْ؛ لِأَنَّ المَانِعَ خَصَّ النِّصْفَ.

الهبة ونصف العوض، وهو: أن المعوِّض ما ملَّكه العوض الآخر، فيعتبر حكم المقابلة في حقه، فإذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف العوض والهبة، فأمَّا الواهب فملك الهبة ابتداءً من غير أن يقابله شيء، ثمَّ تأثير العوض في إسقاط حقه في الرجوع، والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل إذا تمَّ رضاه به، فالحاصل أن للعوض شبهتين: شبهة ابتداء الهبة من حيث أن العوض مختارٌ فيه متبرع، وشبهة المبادلة من حيث أنه ملكه مضافاً إلى الهبة، فيوفر حظّه عليهما فنقول: لشبهه بالمبادلات إذا استحق الكل رجع بالهبة، ولشبهه بابتداء الهبة إذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة، إلا أن يرد ما بقي.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ، أي: إلا أن الواهب يتخيَّر بين أن يرد باقي العوض ويرجع في الهبة، وبين أن يمسك ما بقي ولا يرجع بشيء، هذا كله من «المبسوط».

قوله: فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ، أي: ما بقي من العوض رجعَ في النصف الذي لم يعوضه، غاية ما في الباب أنه يلزم من هذا الشيوع في النصف في الهبة، لكن ذلك الشيوع طارئ فلا يضره، كما لو رجع في النصف من غير تعويض.

فإن قلتَ: في هذا شبهة من وجه آخر، وهو أنه ذكر في الكتاب قبيل هذا: بَطَلَ الرُّجُوعُ؛ لِأَنَّ العِوَضَ لِإِسْقَاطِ الحَقِّ فَيَصِحُّ مِنَ الأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الخُلْعِ، فلمَّا كان العوض لإسقاط حق الرجوع يجب أن يعمل في كله؛ لأن الإسقاطات لا تتجزأ كما في الطلاق.

قلتُ: إن كان في العوض معنى الإسقاط من ذلك الوجه، ولكن كان له شبهان آخران أيضاً على ما ذكرنا من شبهة الهبة وشبهة المبادلة، فمن هذين الشبهين كان التعويض محتملًا للتجزي، فإذا أضاف العوضَ إلى بعض الموهوب اقتصر حكمه عليه؛ وذلك لأنه يجوز أن يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداءً، كما لو وهبَ له النصف وتصدق عليه

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الحَاكِمِ)؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ بَيْنَ العُلَمَاءِ، وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ وَفِي حُصُولِ المَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ الفَصْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ كَانَتِ الهِبَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ القَضَاءِ نَفَذَ، وَلَوْ مَنَعَهُ فَهَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بَعْدَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ القَبْضِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهُ بَعْدَ طَلَبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى، وَإِذَا رَجَعَ بِالقَضَاءِ أَوْ بِالتَّرَاضِي يَكُونُ فَسْخًا مِنَ الأَصْلِ،

بالنصف، فلأن يجوز ذلك بقاءً كان أَوْلَى، بخلاف الطلاق فإنه لا يحتمل التجزي في المحل؛ لأنه من الإسقاطات من كل وجهٍ، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَفِي أَصْلِهِ - أي: أصل الرجوع - وَهَاءٌ، أي: ضعفٌ، وفي «المغرب»: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر: وَهى الحبلُ يهي وهيًا إذا ضعف.

قوله: وَفِي حُصُولِ المَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ؛ لأنه يحتمل أن يكون غرض الواهب العوض الدنياوي، ويحتمل أن يكون غرضه ثوابُ الآخرة، ويحتمل أن يكون غرضُه اختيار الجود والسماحة، فعلى الوجهين الأخيرين ليس له الرجوع لحصول مقصوده، وعلى الوجه الأول له الرجوع، فلمَّا تردد بين الأمرين احتاج إلى القضاء ليترجح جانب الرجوع على عدمه، وكذلك اختلاف العلماء في جواز الرجوع وعدمه دليل على أن صحة حكم الرجوع ليس بقطعي، فلا بد أن يتصل القضاء بالرجوع حتى يكون قطعيًّا.

قوله: وَإِذَا رَجَعَ بِالقَضَاءِ أَوْ بِالتَّرَاضِي يَكُونُ فَسْخًا مِنَ الأَصْلِ، فإن قلتَ: لا نسلم أن الرجوع بالتراضي فسخ من الأصل، بل هو بمنزلة هبة مبتدأة، والدليل على هذا أنه لو ردَّه في موضعه بغير قضاء وماتَ من ذلك المرض اعتبر من ثلثه، ولو كان الردّ بالتَّراضي فسخًا من الأصل لاعتبر ذلك من المرض من جميع المال، كما في الرد بحكم القاضي.

قلتُ: فيه روايتان، وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان، في القياس يعتبر من جميع ماله، وفي الاستحسان يعتبر من الثلث، لا لأنه تمليك مبتدأ، ولكن الرادّ في مرضه

حَتَّى لا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الوَاهِبِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ؛ لِأَنَّ العَقْدَ وَقَعَ جَائِزًا مُوجِبًا

باختياره يُتهم بالقصد إلى إبطال حق الورثة عمَّا تعلق حقهم به، فلردِّ قصده جعل معتبَرًا من ثلثه، لا لأنه تمليك مبتدأ، كذا ذكر في باب العوض في الهبة من هبة «المبسوط».

قوله: حَتَّى لا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الوَاهِبِ، إلى آخره، وفي «المبسوط»، و«الإيضاح»: والرجوع في الهبة بغير قضاء فسخ كالرجوع بالقضاء، وعلى هذا دارت مسائل أصحابنا فإنَّهم قالوا: الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة يصح، ولو اعتبرت هبةً مبتدأةً لم يصح مع الشيوع، وكذلك لا يتوقف على القبض، فلو كانت هبةً مبتدأةً لتوقف على القبض، وكذلك لو وهبَ لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع، ولو اعتبر هبةً مبتدأةً لم يكن له الرجوع، وقال زفر رحمه الله: الرجوع بغير قضاء بمنزلة الهبة المبتدأة؛ لأن الملك إنما عاد إليه لتراضيهما فأشبه الردَّ بالعيب، فيُعتبر عقدًا جديدًا فليس للأول أن يرجع.

وحاصله أن زُفر رحمه الله يفرق بين الرد بقضاء القاضي وبين الرد بالتراضي فقال: والدليل على الفرق بين الرد بالقضاء وبين الرد بالرضاء الرد بالعيب، فإنه إذا كان بقضاء القاضي كان فسخًا، وإذا كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدأ.

ولكنَّا نقول: حق الواهب في الرجوع مقصور على العين، وفي مثله القضاء وغير القضاء سواء كالأخذ بالشفعة؛ وهذا لأنَّهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أن لو رفعا الأمر إليه، وإنما يكون التراضي موجبًا ملكـًا مبتدأً إذا تراضيا على سبب موجب للملك كالهبة، والصدقة، والوصية، وهاهنا تراضيا على رفع السبب الأول، وذلك لا يصلح موجبًا ملكـًا مبتدأً، بخلاف الرد بالعيب، فحق المشتري ليس في عين الرد، بل بالمطالبة بالجزء الفائت، ولهذا لو تعذَّر الرد رجع بحصة العيب من الثمن، وهاهنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين.

قوله: وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ، أي: الرجوع يصح في الشائع، بخلاف الهبة المبتدأة، ومن صُور الرجوع في الشائع ما ذكره في «المبسوط» فقال: رجل وهبَ عبدًا لرجلين فله أن يرجع

حَقَّ الفَسْخِ، فَكَانَ بِالفَسْخِ مُسْتَوْفِيًا حَقًّا ثَابِتًا لَهُ فَيَظْهَرُ عَلَى الإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ لا فِي الفَسْخِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَإِذَا تَلِفَتِ العَيْنُ المَوْهُوبَةُ وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ وَضَمِنَ المَوْهُوبُ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الوَاهِبِ بِشَيْءٍ)؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تبرُّعٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةَ، وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ،

في نصيب أحدهما، وكذلك إن جعل نصيب أحدهما هبةً ونصيب الآخر صدقةً، كان له أن يرجع في الهبة اعتبارًا للجزء بالكل، ثم قال: وهذا في العبد غير مشكل؛ لأن الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع، ففيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب كذلك، وهو دليلنا على زفر رحمه الله، فإن الرجوع لو كان بغير قضاء القاضي، أو كان بمنزلة الهبة ابتداءً لما صحَّ في مشاع يحتمل القسمة، وحيث صحَّ عرفنا أنه فسخ، وأن العقد يبقى في النصف الآخر فيكون ذلك شيوعًا طارئـًا، ولا أثر للشيوع الطارئ في الهبة، والدليل عليه أن بالرد بالتراضي يعود الملك إلى الواهب قبل القبض، وابتداء الهبة لا توجب الملك إلا بالقبض، وهو الدليل على أن الشيوع لا يمنع منه؛ لأن تأثير الشيوع في المنع من إتمام القبض، فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض.

قوله: فَيَظْهَرُ عَلَى الإِطْلَاقِ، أي: فيظهر الفسخ في الرجوع في الهبة من كل وجه في الصورتين، وهما الرد بالقضاء والرد بالرضاء.

قوله: بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ، فإنه لا يكون فسخـًا في الصُّورتين، بل يكون فسخا في صورة الرد بالقضاء لا غيرُ، **بقوله:** بَعْدَ القَبْضِ؛ لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل، سواء كان الرد بالقضاء أو بالرضاء.

قوله: لِأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ، حتى لو زال العيبُ قبل ردّ المبيع إلى البائع لا يكون له ولاية الرد؛ لأن حقه كان في وصف السَّلامة وقد سلم.

قوله: لِأَنَّهُ عَقْدُ تبرُّعٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةَ، - كما في العارية لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق على المعير - وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ، أي: الموهوب له غير عامل للواهب

وَالغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ لا فِي غَيْرِهِ.

فلا يرجع، هذا احتراز عن المودَع، فإنه يرجع على المودِع بما ضمن؛ لأنه عامل للمودع في ذلك القبض؛ لأنه يحفظ الوديعة لأجل المودع.

قوله: وَالغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ، جوابُ إشكال ذكره الشافعي رحمه الله في هذه المسألة بقوله: إن الواهب غرَّه فينبغي أن يرجع المغرور على الغار وإن كان في الهبة، كالبائع إذا غرَّ المشتري.

وإنا نقول: إن مجرَّد الغرور لا يثبت حقُّ الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة إمَّا نصًّا أو في ضمن عقد المعاوضة، حتى لو كان الواهب ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصًّا نقول: بأنه يرجع على الواهب، كذا في «الذخيرة».

والدليل على ما ذكرتُ من المسائل ما ذكره في «الفصول» للإمام الأستروشني رحمه الله في الباب السابع: ولو وهبَ ما غصب، أو باع، أو تصدَّق، أو آجر، أو رهنَ، أو أودع، أو أعار، فهلك ضمنوا قيمته، فلا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه بما ضمنوا على الغاصب، ويرجعُ المستأجر، والبائع، والمودَع، والمرتهن، بالقيمة عليه، ويرجع المشتري بالثمن عليه، ولا يرجع السارق من الغاصب، ولا غاصب الغاصب.

وذكر في باب الغرور من دعوى «المبسوط»: ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيءٍ من قيمة الأولاد عندنا، يعني لو كانت جارية استولدها الموهوب له ونحوه، وعند الشافعي رحمه الله يرجع به؛ لأن الغرور قد تحقق منه بإيجابه الملك له في المحل، واختاره أنَّها مملوكته سواء كان بعوض أو بغير عوض.

ولكنَّا نقول: مجرد الغرور لا يكفي لإثبات حق الرجوع، فإن من أخبر إنساناً أن هذا الطريق آمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر بشيءٍ، وإنما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة؛ لأن صفة السلامة تصير مستحقة، فأمَّا بعقد التبرع فلا تصير صفة السَّلامة مستحقة، ولهذا لا يثبت له فيه حق الرد بالعيب، فلم يكن له أن يرجع على المتبرع.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ العِوَضِ أُعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ، وَتَبْطُلُ بِالشُّيُوعِ)؛ لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً (فَإِنْ تَقَابَضَا صَحَّ العَقْدُ وَصَارَ فِي حُكْمِ البَيْعِ يُرَدُّ بِالعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَتُسْتَحَقُّ فِيهِ الشُّفْعَةُ)؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ بِعِوَضٍ، وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي، وَلِهَذَا كَانَ بَيْعُ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتَاقًا. وَلَنَا أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْنِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا مَا أَمْكَنَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وَقَدْ أَمْكَنَ؛ لِأَنَّ الهِبَةَ مِنْ حُكْمِهَا تَأَخُّرُ المِلْكِ إِلَى القَبْضِ،

قوله: وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ العِوَضِ أُعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ، إلى آخره، وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير»: هذا الذي ذكره فيما إذا ذكره بكلمة (على)، وأمَّا لو ذكره بحرف الباء بأن قال: وهبتُ منك هذا العبد بثوبك هذا، أو بألف درهم، وقبله الآخر يكون بيعًا ابتداءً وانتهاءً بالإجماع، ثمَّ معنى قوله: أُعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ، يعني: لو وهبَ رجل لرجل هذا العبد على أن يهب له الموهوب له هذا العبد الآخر، فليس هذا بشيء، وإن قبل الآخرُ ما لم يتقابضا ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه ما لم يتقابضا، وإذا تقابضا فهو بمنزلة البيع يُردان بالعيب.

قوله: وَلِهَذَا كَانَ بَيْعُ العَبْدِ، فهو إضافة المصدر إلى المفعول، أي: بيع العبد المولى من نفسه بأن قال: بعتُ نفسك منك بألف درهم، كان إعتاقًا.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْنِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا مَا أَمْكَنَ، فإن قلتَ: لو تمسك الخصم بمسائل حيث لم يجمع بينهما، بل عملنا فيها بالمعانِي لا غيرُ؛ لما أن المقصود هو المعانِي، وهي أنَّ الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط بقاء مطالبة المحيل كفالة، ولو قال: اشتريتُ منك كرًّا من حنطة صفتها كذا، وبيَّن شرائط السلم يكون سلمًا وإن لم يذكر لفظ السلم.

ولو وهبَ ابنته لرجل كان نكاحًا، ولو وهبَ امرأته لنفسها كان طلاقًا، ولو وهبَ

وَقَدْ يَتَرَاخَى عَنِ البَيْعِ الفَاسِدِ وَالبَيْعُ مِنْ حُكْمِهِ اللُّزُومُ، وَقَدْ تَنْقَلِبُ الهِبَةُ لَازِمَةً بِالتَّعْوِيضِ فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ بَيْعِ نَفْسِ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ

عبده لنفسه كان عتقـًا، ولو وهب الدين لمن عليه الدين كان إبراءً، واللفظ واحد، ولو قال: وهبتُ لك منفعة هذه الدار شهرًا بعشرة دراهم، كان إجارة تلزم بنفسه، وكذا لو قال: أعرتُك، والإعارة تمليك المنفعة بغير عوض، فإذا شرطَ فيه البدل كان إجارةً، فكذلك الهبة تمليك العين بغير عوض، فإذا شرط فيه العوض ينبغي أن يكون بيعًا، والدليل عليه أن المكره على الهبة بشرط العوض لو باع كان مكرهًا، وكذلك المكره على البيع والتسليم إذا وهبَ بشرط العوض، ولو لم يكونا في الحكم سواءً لم يكن المكرَه على أحدهما مكرَهـًا على الآخر.

قلتُ: لهذه المسائل كلها سوى مسألة الإكراه جواب في لفظ الكتاب وهو **قوله:** فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا مَا أَمْكَنَ، يعني: أن الألفاظ شيء يُستفاد منه المعانِي، والمعانِي هي المقاصد، فكان كل واحد منهما واجب الاعتبار مهما أمكن، وفي تلك المسائل لم يكن اعتبارهما جميعًا لم يكن بدّ حينئذٍ من ترجيح أحدهما على الآخر، فرجَّحنا المعانِي؛ لأنها مقاصد، وجعلنا الألفاظ المذكورة مستعارة للألفاظ الموضوعة على هذه المعانِي.

وأمَّا فيما نحن فيه فيمكن الجمع بينهما فجمعنا، بيان ذلك هو أنَّ ذمة الكفيل أو المحيل تبرأ من الدين بمثل هذه الكفالة والحوالة، أو لا تبرأ ممَّا لا يجتمعان؛ لأنهما بين السلب والإيجاب فتعذر الجمع بينهما للمنافاة، فرجحنا جانب المعنى لما ذكرنا، وكذلك في غيرهما من المسائل، ولا منافاة هاهنا فجمعنا، فشرطُ العوض لا يكون أبلغ من حقيقة التعويض، وبحقيقة التعويض لا ينبغي معنى الهبة، فبشرط العوض أوْلَى.

وأمَّا مسألة المكره فغير لازم؛ لأن الهبة بشرط العوض يكون بيعًا إذا تقابَضا، والبيع الفاسد لا يوجب الملك إلا إذا تقابضا، فصار حكم البيع الفاسد، والهبة بشرط العوض مكرَهـًا سواءً، لا وجوب قبل القبض ولا ملك بعد القبض إلا بعوض، ولا عوض إلا القيمة بحكم الفساد، وإنما يظهر الفرق بين البيع والهبة بشرط العوض إذا كانا عن رضا، وهذا الذي ذكر لدفع قول الخصم.

الْبَيْعِ فِيهِ، إِذْ هُوَ لا يُصْلَحُ مَالِكًا لِنَفْسِهِ.

وأمَّا الحجة لنا في المسألة هي: أن هذا تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه، فيكون ابتداؤه معتبَرًا بلفظه وانتهاره بمعناه، كالهبة في المرض، فإن ظاهره تمليك في الحال بطريق التبرع، ومعناه معنى الوصيَّة، فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض، ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة، وانتهاؤه معتبر بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين؛ وهذا لأن الألفاظ قوالب المعانِي فلا يجوز إلغاء اللفظ، ولكن وجبَ اعتبار المعنى إلا إذا تعذر الجمع للمنافاة، فحينئذٍ يرجح جانب المعنى لما ذكرنا، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار» وغيرهما، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

قَالَ: (وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا صَحَّتِ الهِبَةُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ

فصل في المسائل المتفرقة من الهبة

ذكر هذا الفصل في آخر الهبة قائمًا مقام قوله: مسائل متفرقة، في سائر المواضع، وهي ترد في آخر الكتاب فكذا هنا.

قوله: وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا، إلى آخره، اعلم أن مسألة استثناء ما في البطن تنقسم ثلاثة أقسام:

(١) في قسم لا يجوز أصل التصرف وهو البيع، والإجارة، والرهن؛ لأنه موجب إضافة العقد إلى الأم دخول الولد فيه، واستثناء موجب العقد في هذه العقود مُبطل للعقد؛ لأنه شرط فاسد، وما يتعلق بالجائز من الشرط فالشرط الفاسد يُبطله.

(٢) وفي قسم يجوز التصرف ويبطل الشرط، وهو النكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، والهبة؛ لأن الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود، بل العقد صحيح والشرط باطل، والأصل فيه ما: «رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه أَجَازَ العُمْرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ».

(٣) وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعًا، وهو الوصيَّة؛ لأن في حكم الوصية ما في البطن كأنه شخص على حدة، حتى يجوز إفراده بالوصية فيجوز استثناؤه أيضـًا؛ لأنه غير مبنِي على السراية بخلاف العتق، وإذا كان كذلك فنقول في البيع: لو استثنى ما في البطن قصدًا لم يجز البيع، فكذلك إذا صار مستثنًى حكمـًا بنفوذ العتق فيه، أراد به أنه لو أعتق ما في بطن جاريته ثم باع الجارية لا يجوز، وأمَّا لو أعتق ما في بطن جاريته ثمَّ وهبها لرجل وسلَّمها

لا يَعْمَلُ إلَّا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيهِ العَقْدُ، وَالهِبَةُ لا تَعْمَلُ فِي الحَمْلِ لِكَوْنِهِ وَصْفًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ فَانْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالهِبَةُ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَهَذَا

إليه جازت الهبة في الأم؛ لأنه لو استثنى ما في البطن قصدًا لم تبطل الهبة، فكذلك إذا صار مستثنًى حكمًا، كذا في «المبسوط».

قوله: صَحَّتِ الهِبَةُ، أي: صحت الهبة بالجارية بجميع أجزائها، حتى صارت الجارية وحملها هبةً، والهبة لا يعمل في الحمل لكونه وصفًا، والعقد لا يرد على الأوصاف مقصودًا، يعنِي: لو وهبَ الحمل لآخر لا يصح، فكذا لو استثنى.

فإن قلتَ: ما الفرق بين الحمل وبين اللبن والصوف، فإنه لو وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصُّوف، أو ما في ضروع غنمه من اللبن، وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك، فإنه جائز استحسانًا وفي الحمل لا يجوز، مع أن كلًّا منهما بمنزلة الجزء للحيوان.

قلتُ: من أصحابنا من يقول: إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحسانًا كما في الصوف واللبن، ولكن الأصح لا يجوز في الحمل أصلًا؛ لأن ما في البطن ليس بمال أصلًا، ولا يُعلم وجوده حقيقةً؛ ولأن إخراج الولد من البطن ليس إليه، فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبًا عن الواهب، بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن، كذا في «المبسوط».

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ، - أي: في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع - فَانْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا؛ لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعًا لكونه جزءًا منها، فلمَّا استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفًا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد، فيفسد البيع به كما في الشرط الفاسد.

قوله: وَالهِبَةُ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، والمعنى فيه أن الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض، والقبض لا يفسد بالشروط وإنما الشروط تؤثر في العقود الشرعية، كذا في «الإيضاح».

فإن قلتَ: فعلى هذا التقرير ينبغي أن لا يفسد الشرط الرهنَ أيضًا، كما لا تفسد الهبةَ

هُوَ الحُكْمُ فِي النِّكَاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ؛ لِأَنَّهَا لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِهَا. (وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الجَنِينُ عَلَى مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِثْنَاءَ، (وَلَوْ دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّ الحَمْلَ بَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ،

من حيث أن الحكم في الموضعين جميعًا يتوقف على وجود القبض.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن القبض في باب الرهن اعتبر حكماً للرهن، فإن حكم الرهن يد الاستيفاء وحكم العقد يُضاف إلى العقد، والشرط الفاسد يؤثر في العقد، وأمّا في باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض، فكان القبض حكم ركن العلة في باب الهبة، والفساد لا يؤثر في الركن فلغا الشرط، كذا في «الإيضاح»، كأنه أراد بركن العلة غير العقد، كما في أركان العبادات.

قوله: وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَ، إلى **قوله**: وَلَوْ دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجُزْ، والفرق بينهما أن في هبة الأمّ بعد إعتاق الجنين الموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب؛ لأن الإعتاق أزال ملك المعتق عن الجنين، فصار هذا كما لو وهبَ أرضاً فيها ابن الواهب واقف وسلمها إلى الموهوب له تمّت الهبة، فهذا مثلُه، فلم يكن في معنى المشاع؛ لما أن الولد لم يبق على ملك الواهب، حتى تصير الأم مشغولة بحضانة الولد، أمّا المدبَّر بعد التدبير بَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ وهو متصل اتصالَ خلقة فكان مانعًا لصحة الهبة، كالثمر في رؤوس الأشجار فكان في معنى المشاع، كذا في «المبسوطين».

قوله: فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ، هو لنفي شبهة ترد على **قوله**: وَلَوْ دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجُزْ، بأن يقال: لمّا لم يدخل الجنين بالتدبير في الهبة كان هو بمنزلة الاستثناء، وقد ذكر قُبيل هذا: وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا صَحَّتِ الهِبَةُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ، وعن هذا رُوي في رواية: أن هبة الجارية تجوز بعد تدبير الجنين أيضاً لهذا المعنى، ذكره في «المبسوط»، فأجاب عنه **بقوله**: لِأَنَّ الحَمْلَ بَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ الحقيقي وهو الاستثناء

وَلَا يُمْكِنُ تَنْفِيذُ الهِبَةِ فِيهِ لِمَكَانِ التَّدْبِيرِ فَبَقِيَ هِبَةُ المُشَاعِ أَوْ هِبَةُ شَيْءٍ هُوَ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ المَالِكِ.

اللفظي، فإن في الاستثناء الحقيقي في الجنين يبطل الاستثناء ويدخل الجنين في الهبة، وأمّا هاهنا بقي الجنين على ملك الواهب فلم يكن شبيه الاستثناء، بل كان فيه اختلاط الموهوب بغير الموهوب وهو عين معنى المشاع، فلا تجوز الهبة أصلًا لا في الأم ولا في الجنين، كما أن حكم هبة المشاع كذلك.

فإن قلتَ: لو قيل للمصنف رحمه الله: فررتَ عن تلك الشبهة بهذا الجواب فوقعتَ في شبهة أصعب منها حينئذٍ، وهي أن يقال: غاية ما في الباب أن بهذا التقرير الذي ذكرتَ كان ذلك بمنزلة هبة المشاع، ولكن هو مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن المعنى من عدم احتمال القسمة هو أنه لو قسمتَه حقيقةً يهلك أو يتعيَّب على ما مرَّ ذكره، وهنا كذلك فإنه لو قسمتَه حقيقةً يهلك، وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة، كما لو وهبَ نصف عبده وقد مرَّ، فما جوابه؟

قلتُ: جوابه هو أن عرضية الانفصال في الحمل في ثانِي الحال ثابتة لا محالة، فأنزل مُنفصلًا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب، فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيها طعام الواهب لم تصح الهبة؛ لأن هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكمًا، لوجود اختلاط المالك في الصورتين جميعًا، فكما لا تصح هبة المشاع حقيقةً فيما يحتمل القسمة، مثل أن يهب نصف أرضه، لم تصح هبة المشاع حكمًا، مثل أن يهبَ الجوالق وفيها طعام الواهب لإمكان الانفصال، وهاهنا وهو مسألة الحمل ينفصل الحمل في ثانِي الحال لا محالة، أوْلَى أن لا تصح عند بقاء ملك الواهب في الحمل، وهو فيما إذا وهب الجارية بعد تدبير الحمل.

فإن قلتَ: جعل في «الإيضاح» مسألة هبة الجارية بعد تدبير ما في بطنها شبيه الاستثناء، ومسألة هبة الجارية بعد إعتاق ما في بطنها غير شبيه الاستثناء بعد ما ذكر حكم المسألة كما ذكر في الكتاب، فكان هو في إلحاق هاتين المسألتين عاكسًا لمسألة الكتاب بعد اتحادهما

(فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى أَنْ يَعْتِقَهَا أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ أَوْ وَهَبَ دَارًا أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا فَالهِبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ تُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْدِ فَكَانَتْ

في الحكم فما وجهه؟

قلتُ: وجهه هو أن صاحب «الإيضاح»، وهو الشيخ الإمام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرماني[1] رحمه الله، أراد بالاستثناء الاستثناء الذي يورث الشيوع في غير موضع الحمل، كما لو قال: وهبتُ هذه النخلة إلا ثمرها، وهذه الأرض إلا زرعها، أو على العكس، فكان مراده من الاستثناء الاستثناء الحقيقي الذي هو تكلمٌ بالباقي بعد الثنيا، ولكن لم يصح الهبة بذلك الاستثناء لمكان الشيوع، فكان هذا متحققاً في مسألة هبة الجارية بعد تدبير حملها لبقاء الملك في المدبَّر، فكانت هي في معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع على ما ذكرنا، فلم يصح الهبة ولم يتحقق الشيوع في مسألة هبة الجارية بعد إعتاق حملها، لعدم بقاء ملك الواهب في الحمل، فلم يكن في معنى الاستثناء الذي يُورث الشيوع فصحَّ.

وأمَّا المصنف رحمه الله فأراد بقوله: فَأَشْبَهَ الِاسْتِثْنَاءَ، وبقوله: فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ، الاستثناء المذكور آنفاً، وهو استثناء الحمل، وهو استثناء لفظيّ لا حقيقيّ؛ لأن الاستثناء الحقيقي هو التكلم بالباقي بعد الثنيا، وليس قوله: وهبتُ هذه الجارية إلا حملها، كذلك بل لغا الاستثناء فصحَّت الهبة لعدم ورود الشيوع، ولمَّا كان كذلك صح ما كان شبيهاً بالاستثناء المذكور، وهو هبة الجارية بعد إعتاق حملها، ولم يصح ما لم يكن شبيهًا له وهو هبة الجارية بعد تدبير حملها لمكان الشيوع، وهو اختلاط الموهوب بغير الموهوب؛ لبقاء ملك المولى في المدبَّر، ومن لم يكن له خُبْرة بمواضع التوفيق ومكامن التحقيق، غيَّر لفظ الكتاب في لفظ الاستثناء وجعله كما هو لفظ «الإيضاح»، ولكن سوق الكلام فيما قبل الاستثناء وبعده ينادي ببطلان التغيير، والله سُبحانه وتعالى أعلم.

قوله: أَوْ وَهَبَ دَارًا أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا

(١) قد مرَّت ترجمته منا سابقاً، انظر (١/ ١٧٥).

فَاسِدَةً، وَالهِبَةُ لا تَبْطُلُ بِهَا، أَلا تَرَى «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَجَازَ العُمْرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ» بِخِلَافِ البَيْعِ؛ «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ» وَلِأَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ فِي مَعْنَى الرِّبَا، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي المُعَاوَضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ إِذَا جَاءَ الغَدُ فَهِيَ لَك أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ. أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ البَاقِي فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ الإِبْرَاءَ تَمْلِيكٌ مِنْ وَجْهٍ إِسْقَاطٌ مِنْ وَجْهٍ،

مِنْهَا فَالهِبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، هذا على طريق اللف والنشر، وإلا لا يصح، أعني قوله: عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا، متصل بقوله: أَوْ وَهَبَ دَارًا، وقوله: أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا، متصل بقوله: أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ، وإنَّما قلنا هذا؛ لأن لو وصل قوله: أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا، بقوله: أَوْ وَهَبَ دَارًا، كان هبة بشرط العوض، والهبة بشرط العوض صحيحٌ، والشرط صحيح كما مرَّ في قوله: وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ العِوَضِ اُعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ، وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة، وذلك إنما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولًا بقوله: أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ، اللهم إلا أن أراد بقوله: أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا، هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار، فيصح صرف قوله: أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا، إلى قوله: أَوْ وَهَبَ دَارًا، حينئذٍ، إلا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله: عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا.

ثم إنما لم يصح ردُّ بعض الدار الموهوبة عوضًا عن كل الدار لما ذكرنا قبل هذا من «المبسوط» في شرح قوله: وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ المَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا، بأن جعل بعض الموهوب عوض كل الموهوب لا يجوز عندنا، خلافًا لزفر رحمه الله.

وَهِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِبْرَاءٌ،

قوله: وَهِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِبْرَاءٌ، هذا الذي ذكره من جعل حكم الهبة بمنزلة حكم الإبراء من كل وجه غير مستقيم على مذهبنا، وإنما يستقيم على قول زفر رحمه الله؛ وذلك لأن هبة الدين لمن عليه الدين لا تتم إلا بالقبول، والإبراء يتم من غير قبول، ولكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء، وعن زفر رحمه الله أنه سوَّى بينهما وقال: تتم الهبة والإبراء قبل القبول بناءً على أصله أنه يعتبر ما هو المقصود، والمقصود في الوجهين الإسقاط دون التمليك.

ولكنَّا نقول: الدينُ مملوك للطالب في ذمة المديْون فيكون قابلًا للتمليك منه، ألا ترى أنه يملكه بالبيع منه هذا في حق المديون، أمَّا في حق الكفيل بالمال فبين الهبة والإبراء مفارقة من كل وجه على طريق المضادة، مع أن الكفيل ممَّن عليه الدين على قول البعض، وإنما قلنا ذلك؛ لأن هبة الدَّين للكفيل تمليك من كل وجه حتى يرجع بالدَّين على المكفول عنه، ولا يتم إلا بقبوله وإبراء الكفيل عن الدين إسقاط من كل وجه حتى لا يرتدّ بالردِّ، كذا في هبة «المبسوط»، ولكن ذكر في «المغني» أن مذهبُنا كمذهب زفر رحمه الله في أن هبة الدين لا يتوقف على القبول في حق المديون أيضـًا.

فإن قلتَ: ما الفرق بين دين الصرف والسَّلم وبين سائر الدُّيون، فإن في الصَّرف والسَّلم إذا أبرأ رب الدين المديون منه، أو وهبه يتوقف على القبول ولا يبرأ من غير قبول، وفي سائر الديون يبرأ من غير قبول، والرواية في «المغني».

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الهبة بدل الصرف، والإبراء عنه يُوجب انفساخ عقد الصرف؛ لأنه يوجب فوات القبض المستحق بعقد الصرف؛ لأن قبض بدل الصرف في المجلس مستحق، فبالهبة والإبراء يسقط بدل الصرف فيفوت القبض المستحق، وفوات القبض المستحق يُوجب بطلان العقد، ألا ترى أن المشتري إذا وهبَ المبيع من البائع قبل القبض يبطل البيع لهذا، وإذا ثبتَ أن بهبة بدل الصرف والإبراء عنه ينتقض عقد الصرف لم ينفرد أحد العاقدين به، فيتوقف على قبول الآخر لذلك، بخلاف الإبراء عن سائر الديون؛ لأنه ليس فيه معنى الفسخ لعقد ثابت، وإنما فيه معنى التمليك من وجه ومعنى الإسقاط من وجه

وَهَذَا لِأَنَّ الدَّيْنَ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ وَمِنْ هَذَا الوَجْهِ كَانَ تَمْلِيكًا، وَوَصْفٌ مِنْ وَجْهٍ وَمِنْ هَذَا الوَجْهِ كَانَ إِسْقَاطًا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلا يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبُولِ. وَالتَّعْلِيقُ بِالشُّرُوطِ يَخْتَصُّ بِالإِسْقَاطَاتِ المَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ،

على ما ذكرنا، وعلى هذا إذا أبرأ رب السَّلم المسلم إليه عن السلم يتوقف الإبراء على قبوله؛ لأن الإبراء عن السَّلم يُوجب انتقاض السلم؛ لأن به يفوت القبض المستحق بعقد السلم كما في الصرف، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ الدَّيْنَ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، بدليل وجوب الزكاة فيه، وصحة الشراء به.

قوله: وَوَصْفٌ مِنْ وَجْهٍ، وليس بمال، بدليل أنه لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث، على ما ذكرنا من رواية التمرتاشي رحمه الله، فبالنظر إلى المال مالٌ، وبالنظر إلى الحال وصفٌ، فكان تمليكاً بالنسبة إلى المال وإسقاطاً بالنسبة إلى الحال.

قوله: وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، ثم اختلف المتأخرون في عمل الرد هل يشترط مجلس إبراء الدين وهبته أم لا؟ قال بعضهم: يجب أن يرده في المجلس، ولكن الرواية عن السَّلف: المجلس وغير المجلس في حق صحة الرد سواءٌ، وقال الحلواني رحمه الله: واختلف أصحابنا الأعمش والإسكاف في توقّت الرد بالمجلس، وإنما اختلفوا بحرفٍ ذكره محمد رحمه الله، وهو أن الموهوب له لو قال مكانَه: لا أقبلُها، كان دينًا على حالها ذكر مكانه فقال أحدهما: - أي: الأعمش أو الإسكاف - هذا توقيت بالمجلس، وقال الآخر: ليس هذا بتوقيت، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَالتَّعْلِيقُ بِالشُّرُوطِ يَخْتَصُّ بِالإِسْقَاطَاتِ المَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ؛ وذلك لأن التعليق بالشرط يمين، فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص، والإقرار بالمال، ثم إبراء الدين وإن كان إسقاطاً من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط، بخلاف ما لو قال: أنت بريء من النصف على أن تؤدي إليَّ النصف؛ لأن ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد، ألا ترى أنه لو قال لعبده: أنت حر

وَالعَتَاقِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا.

على أن تؤدي إليَّ ألف درهم، فقبل أعتق، ولو قال: إذا أدَّيتَ ألفاً أنت حرٌّ، فإنه لا يعتق قبل الأداء، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهما الله.

ثم في قوله: وَالتَّعْلِيقُ بِالشُّرُوطِ يَخْتَصُّ بِالإِسْقَاطَاتِ المَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا، إشارة إلى أنَّ من الإسقاطات المحضة ما لا تحلف بها، فيُحتاج هاهُنا إلى بيان تفصيل المشروعات التي يصح تعليقها بالشروط والتي لا يصح، وإلى بيان ما يصح إضافته إلى زمان في المستقبل وما لا يصح، فنقول وبالله التوفيق:

اعلم أن البيع بالشرط إن كان الشرط بكلمة (على)، فإن كان الشرط ممَّا يقتضيه العقد نحو ما إذا شرط تسليم المبيع، أو الثمن، أو التأجيل، أو الخيار لا يفسد البيع، وإن كان في الشرط منفعة لأحد المتعاقدين ولكنه مخالفٌ لمقتضى العقد فيفسد العقد، وإن كان الشرط بكلمة (إن) بأن قال: بعتُ إن كان كذا، فالبيع باطل سواءٌ كان نافعًا أو ضارًّا، أو كيف ما كان إلا في صورة وهي أن يقول: بعتُ إن رضي فلان به، قال أبو الفضل رحمه الله: يجوز إذا وقَّت ثلاثة أيام يعني الخيار.

وجملة ما لا يصح تعليقه بالشرط فيبطل بالشرط الفاسد ثلاثة عشر موضعًا: البيع، والقسمة، والإجارة، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، والحجر على المأذون، وعزل الوكيل في رواية «شرح الطحاوي»، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، والمزارعة، والمعاملة، والإقرار، والوقف في رواية.

وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون: الطلاق، والخلع بمال وبغير مال، والقضاء، والإعارة، والرهن، والقرض، والهبة، والصدقة، والوصاية، والوصيَّة، والشركة، والمضاربة، والتحكيم عند محمد رحمه الله، والكفالة، والحوالة، والإقالة، والنَّسب، وإذن العبد في التجارة، ودعوة الولد، والصلح عن دم العمد، والجراحة التي فيها القصاص حالًّا أو مؤجلًا، وجناية الغصب، والوديعة، والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها كفالة أو حوالة، وعقد الذمة، وتعليق الرد بالعيب بالشرط، وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط، وعزل

قَالَ: (وَالعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ حَالَ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ) لِمَا رَوَيْنَا. وَمَعْنَاهُ أَنْ يَجْعَلَ دَارِهِ لَهُ عُمْرَهُ. وَإِذَا مَاتَ تُرَدُّ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ التَّمْلِيكُ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ لِمَا رَوَيْنَا وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الهِبَةَ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ (وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَائِزَةٌ)؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لَكَ تَمْلِيكٌ.

القاضي، والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته، ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط، وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر، وكذا الهبة، والصَّدقة، والكتابة بشرط متعارف وغير متعارف يصح، ويبطل الشرط هذه الجملة في بيوع «العُدَّة».

وذكر في إجاراتها: جملة ما يصح إضافته إلى زمان في المستقبل أربعه عشر: الإجارة، وفسخ الإجارة، والمزارعة، والمعاملة، والمضاربة، والوكالة، والكفالة، والإيصاء، والوصيَّة، والقضاء، والإمارة، والقضاء، والطلاق، والعتاق، والوقف.

وما لا يصح إضافته إلى زمان في المستقبل تسعة: البيع، وإجارة البيع، وفسخ البيع، والقسمة، والشركة، والهبة، والنكاح، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، ذكر هذه الجملة هكذا في الفصل العشرين من «الفصول الأستروشنية».

قوله: وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ، لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أَجَازَ العُمْرَى وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ».

قوله: وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: جَائِزَةٌ، وهذا الاختلاف في الحقيقة راجع إلى تفسير الرقبى، كما في مسألة الصَّابئات، فأبو يوسف رحمه الله جعلَ تفسيرها كتفسير العمرى، وهذا اللفظ عنده عبارة عن تمليك في الحال مع انتظار الواهب في الرجوع، فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى، وهما يجعلانها عبارةً عن التمليك بالحظر ابتداءً فلم يكن التمليك ثابتًا في الحال، فصار كأنه قال: إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ، فعلى هذا الوجه لا يجوز بالاتفاق، وعلى الوجه الأول يجوز بالاتفاق كما في العمرى.

وَقَوْلُهُ رُقْبَى شَرْطٌ فَاسِدٌ كَالعُمْرَى. وَلَهُمَا «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَجَازَ العُمْرَى وَرَدَّ الرُّقْبَى» وَلِأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى عِنْدَهُمَا إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ، وَاللَّفْظُ

فإن قلتَ: لمَّا كان معنى الرقبى كمعنى العمرى عند أبي يوسف رحمه الله، فما عِذْرتَه بعد هذا عن قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أَجَازَ العُمْرَى وَرَدَّ الرُّقْبَى»، فلو كان المعنى على ما ذكره كان تقدير الحديث: أجاز العمرى ورد العمرى، ولا يخفى فسادُ هذا الكلام.

قلتُ: قال أبو يوسف رحمه الله: كما ورد هذا الحديث وردَ حديث آخر أيضًا، وهو حديث صحيح رواه الزبير عن جابر رضي الله عنهما: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أجاز العمرى والرقبى»، ثم يحتمل ما رُوي من البطلان محمولًا على أنه صلَّى الله عليه وسلَّم سُئل عن الرقبى التي بمعنى المراقبة، يعني: أراقبُ موتِي إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ، وما رُوي من الجواز محمولًا على أنه عليه الصَّلاة والسلام سُئل عن الرقبى مفسَّرًا بوجه صحيح، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

وحاصله أن أبا يوسف رحمه الله حمل الرقبى المردودة على المراقبة التي فيها معنى الحظر، وهي لا تجوز في التمليكات، وحمل الرقبى المجازة على معنى تمليك رقبة الدار، فهو بمعنى العمرى لكن بلفظ الرقبى، فكان عاملًا بالحديثين بِهذا الطريق.

وقال في «المبسوط»: فحديثه مرويٌّ عن الزبير عن جابر، وحديثهما مرويٌّ عن الشعبي عن شريح رحمهم الله، والحديثان صحيحان فلا بدَّ من التوفيق بينهما فنقول: الرقبى قد تكون من الإرقاب، وقد تكون من الترقيب، فحيث قال: أجاز الرقبى، إذا كان بمعنى الإرقاب بأن يقول: رقبة داري لك، وحيث قال: رد الرقبى، إذا كان بمعنى الترقيب وهو أن يقول: أراقبُ موتك وتراقب موتِي، فإن مُتُّ فهي لك، وإن متَّ فهي لي، فيكون هذا تعليق التمليك بالحظر وهو موت المملِّك قبله، وذلك باطل، ثم لمَّا احتمل المعنيان جميعًا والملكُ لذي اليد فيها يقين فلا يزيله بالشك.

وأمَّا الجواب عن قوله: لِأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لَكَ تَمْلِيكٌ، وذلك إنما يصح إذا لم يفسّر

مِنَ المُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقِبُ مَوْتَهُ، وَهَذَا تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِالخَطَرِ فَبَطَلَ. وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ تَكُونُ عَارِيَةً عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِطْلَاقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ.

هذه الإضافة بشيءٍ، فأمَّا إذا فسَّره بقوله: رقبى أو حبيس، فيتبيَّن به أنه ليس بتمليك كما لو قال: داري لك سكنى تكون عارية؛ وهذا لأن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكمُ لذلك التفسير.

وذكر في «المعرب» المهملة العين: وقوله في حديث جابر رضي الله عنه: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ العُمْرَى وَالرُّقْبَى»، أنه من الإرقاب بمعنى: رقبة داري لك، والاشتقاق من الرقبة ممَّا لم يقله أحد، وإبداع شيءٍ في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة[1] ليس بمستحسن، وإنما الصواب ما ذكرتُ من معنى المراقبة والترقيب.

وأمَّا قوله: الحديثان صحيحان، فإن كان كذلك فالتأويل ظاهر، وهو أن يراد بالرد حيث قال: لا رقبى ولا عمرى، إبطال شرط الجاهلية، وبالإجازة أن يكون ذلك تمليكاً مطلقاً، ويدل على صحة هذا ما روى جابر أنه صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمرُوها فمن أعمر شيئاً فهو له»، ألا ترى أنه نَهى ثم أجاز على اختلاف الغرضين، ويبقى الاشتقاق على أصل واحد كما هو القياسُ مع سلامة المعنى، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) في نسخة يوسف آغا (يغ) بين السطور: مندوحة: أي: غنًى.

فَصْلٌ فِي الصَّدَقَةِ

قَالَ: (وَالصَّدَقَةُ كَالهِبَةِ لا تَصِحُّ إلَّا بِالقَبْضِ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ (فَلَا تَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الهِبَةِ (وَلا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ)؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ. وَكَذَا إذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ بِالصَّدَقَةِ عَلَى الغَنِيِّ الثَّوَابَ. وَكَذَا إذَا وَهَبَ الفَقِيرَ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ.

فصلٌ في الصدقة

لمَّا شاركت الصدقةُ الهبةَ في الشروط ألحقها بها، وفصلها بفصل لمخالفتها إيَّاها في الحكم، وقدم الهبة لعمومها في حق المسلم والكافر، وكثرة تفريعاتها.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: وَلِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِلْزَامَهُ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ وَهُوَ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ.

قوله: وَكَذَا إذَا تَصَدَّقَ عَلَى غَنِيٍّ اسْتِحْسَانًا، أي: لا رجوع في الصدقة على الغنِي أيضاً كما لا رجوع في الصدقة على الفقير.

ومن أصحابنا من يقول: الصدقة على الغنِي والهبة سواءٌ، يعنِي فيهما الرجوع؛ قال: لأنه إنما يقصد به العوض دون الثواب، ألا ترى أن في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواءً في أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ، فكذلك في حق الغني الهبةُ والصدقة سواء فيما هو المقصود، ثم له أن يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة.

ولكنا نقول: في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه أَوْلَى من مراعاة حال المتملك.

(وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ يَتَصَدَّقُ بِجِنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالجَمِيعِ) وَيُرْوَى أَنَّهُ وَالأَوَّلَ سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الفَرْقَ. وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ فِي مَسَائِلِ القَضَاءِ (وَيُقَالُ لَهُ أَمْسِكْ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَى أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالًا يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

ثم التصدق على الغنِي تكون قربة يُستحق بها الثواب، وقد يكون غنيًّا يملك نصابًا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب، ألا ترى أن عند اشتباه الحال يتأدّى الواجبُ من الزكاة بالتصدق عليه، ولا رجوع له فيه بالاتفاق، فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع، كذا في «المبسوط».

ثمَّ يجب أن تعلم بأن الصدقة لا تقبل الإقالة والفسخ، فيُجعل إقالةُ الصدقة تمليكاً مبتدأً وهبةً مبتدأةً إذا قال: لله عليَّ أن أتصدق بهذا الدرهم، فتصدق بغيره أجزاه، وإن لم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيءَ عليه، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَيُرْوَى أَنَّهُ وَالأَوَّلَ سَوَاءٌ، أي: حكم المسألة الثانية كحكم المسألة الأولى، وقد مرَّت هذه المسألة مع وجوهها وتفريعاتِها في مسائل القضاء، والله تعالى أعلم بالصواب.[1]

❊ ❊ ❊

(١) وبهذا تمَّ المجلد الثالث من نسخة فاتح - الأولى (فح١)، وجاء في آخرها:

أتم حامدًا لله تعالى، وعلى نبيه مصلياً، المستعينُ بالله الواهب، أشرف بن عبد الملك الكاتب، في الخامس من شهر صفر، ختم الله بالخير والظفر، سنة سبع وخمسين وسبعمائة (٧٥٧هـ) من هجرة رسولنا محمد عليه أفضل التحيات وأكمل الصلوات، وعلى آله أهل ذوي الشرف والدرجات، اللّهم اغفر لصاحبه ولقارئه ولمن نظر فيه ودعا لكاتبه، ولمن قال آميناً، برحمتك يا أرحم الراحمين.

كِتَابُ الإِجَارَاتِ

كتابُ الإجارات

لمَّا فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير العوض وهو الهبة، شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بالعوض وهو الإجارة، فتناسبتا من حيث التمليك، ولكن قدَّم الهبة على الإجارة لوجود المعنيَين في الهبة، ولهذا اقتضى التقدمَ على الإجارة وهما العينيَّة والعدميَّة، فإن الأعيان مقدمة على المنافع، وعدم العوض مقدم على وجود العوض.

ثم لعقد الإجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث أنَّهما يقعان لازمتين، فلذلك أورد كتاب الإجارات متصلًا بفصل الصدقة.

ثمَّ من محاسن الإجارات هي دفعُ الحاجات بقليل من الأبدال ويسير من الأموال، فلَا[1] كل أحد يملك دارًا يسكنُها، ولا طاحونةٍ يطحن بها، ولا حمَّامًا يغتسل فيه، ولا خانـًا يحفظ فيه أموالَه من القاصدين، ولا دابةً يركبُها ركوبَ المسافرين، ولا بغلًا تحمل عليه أموالًا تنفس، ولا إبلًا تحمل أثقَاله إلى بلدٍ لا تُبلِّغه إلا بشقِّ الأنفس.

وكان شيخي رحمه الله كثيرًا مًّا يقول: فمن محاسن الشرائع أن الفقير بفلسه ينتفع من الاستحمام مثل انتفاع غنيٍّ صرفَ الألوف لاستحمامه في بناء الحمام، فالبياعات شُرعت على حظ الأغنياء، والإجارات شُرعت على حظ الفقراء، وقال الله تعالى خبَرًا عن نبيِّه شعيب عليه السلام أنه قال لموسى عليه السلام: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ

---

(١) في نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١) بين السطور: لا: بمعنى ليسَ، انتهى، واللفظ وقع في نسخة يوسف آغا (يغ): فَمَا.

....

عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، كيف احتاج كليم الله إلى الإجارة؟ وكانت تلك الإجارةُ أعظمَ بركةً من كل تجارة؛ لأنها صارت وسيلة إلى المرور بالطُّور، وسماع الكلام من الملك الغفور.

وقد جاء في الأخبار أن نوحًا صلوات الله عليه اتخذ مسكنًا من حشيش، فقيل له فيه فقال: هذا لمن يموت كثير.

ولأن الملك لا يليق بالعبد، فإذا لم يكن بُدٌّ من تَزْجِية العمر يُبلغه ما يتعيّش به فالاستئجار به أحق.

ولأن المُوجرَ يفرح بنيل المال بلا زوال العين في الحال، والمستأجر يفرح بالوصول إلى المقصود من غير تحمّل المأْنِ المعهود، فنحن المسافرون سفر الآخرة، ولا يستحسن من المسافر في كل منزل شراء الدار العامرة.

حُكي أن إبراهيم ابن أَدْهَم رحمه الله كان في داره ببَلْخ إذ دخل علَيْه رجلٌ آخذًا بزمام بعيرٍ، فقيل له: إلى أين تدخل؟ فقال: أدخل الرباط لأسْكُنَ، فقيل له: هذه دار الأمير، فقال: من أين له هذه الدار؟ قيل: ورثها من أبيه، قال: وممَّن ورث أبوه؟ قيل: من أبيه، فقال الرجل: وهل الرباط إلا مَسْكن يسكن فيه ساكنٌ ويذهب ثمَّ ينزل فيه آخر، فسمع إبراهيمُ هذا الكلام، وأفاق عن سكر الدنيا، وتاب وبلغ أمره ما بلغَ.

فنحتاج هاهنا إلى بيان الإجارة لغةً، وشرعًا، ودليل شرعيتها، ونوعها، وشرطها، وركنها، وحكمها.

أمَّا اللغة: فالإجارة فِعَالةٌ من آجَر اسمٌ للأجرة، وهيَ ما أعطيتَ من كِرَاء الأجير، وقد أجره إذا أعطاه أُجْرَته من بابي طلبَ وضربَ، فهو آجرٌ وذاك مأجورٌ، والأجرُ ما يُستحق على عمل الخير، ولذلك يُدعى للإنسان فيُقال: آجركَ اللهُ، وفي «العين[1]»: آجرتُك

(١) في نسخة يوسف آغا (يغ) بين السطور: اسم كتاب للخليل، قلتُ: يعني: الإمام اللغوي.

....

مملوكي، أُوجِره إيجارًا فهو موجِر، وفي «الأساس»: آجرني دارَه فاستأجرتُها، فهو مُوجِر، ولا يقال: مُؤَاجر، فإنه خطأ وقبيح، أمَّا الخطأ فظاهر، وهو أنه من مهموز أَفْعَلَ، وأمَّا قوله: مُؤَاجر، معتلٌّ فاعَل، والقبح أنه استعمل في موضع قبيح، قال: وليس آجر هذا فاعل، ولكن أَفْعَل، وإنما الذي هو فاعل قولك: آجر الأجيرَ مواجرة، كقولك: شَاهَدَه وعَاوَضَه، وكما يقال: عَامَله وعَاقَده.

والصواب ما أُثبت في «العين»، و«الأساس»، على أن ما كان من فَاعَلَ في معنى المعاملة، كالمزارعة، والمشاركة، والمشاهرة، ونحوها لا يتعدَّى إلا إلى مفعول واحد، وآجَره الأجير من ذلك، وأمَّا ما كان من أفعل فإنَّه يتعدي إلى مفعولين، وآجرني داره من ذلك، فالحاصل أنك إذا قلتَ: آجرَه الدارَ أو المملوكَ، فهو من أفعلَ لا غيرُ، وإذا قلتَ: آجر الأجيرَ كان موجّهًا، وأمَّا اسم الفاعل فمن نحو: آجره الدارَ موجِرٌ، والأجر في معناه غلط محض، واسم المفعول من آجره الدارَ موجَر، لا مُواجر، ومن الثانِي أعنِي من آجر الأجير مُوجَرومواجَر؛ لأنه يحتمل أن يكون قوله: آجر الأجير، من أفعل أو من فاعل، هذا حاصل ما ذكر في «المغرب».

وأمَّا معناها شرعًا: فهو عبارة عن تمليك المنافع بعوض.

وأمَّا دليل شرعيتها: فالكتاب والسنة، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا﴾ [الزخرف: ٣٢]، أي: في العمل، وقال تعالى خبرًا عن شعيب عليه السلام: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾ [القصص: ٢٧]، وما ثبتَ شريعة لمن قبلنا فهو لازم علينا ما لم يقم الدليل على انتساخه.

وأمَّا السنة: فيذكر بعده.

وأمَّا نوعها: فإنها نوعان: نوع يرد على منافع الأعيان كاستيجار الدُّور، والأراضي، والدواب، ونوع على العمل كاستيجار المحترفين للأعمال نحو القصَّار والخياطة.

(الإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى المَنَافِعِ بِعِوَضٍ)؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ فِي اللُّغَةِ بَيْعُ المَنَافِعِ، وَالقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهُ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ المَنْفَعَةُ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ

وأمَّا شرائطها: فهي أن تكون الأجرة معلومة والعمل إن وَرَدَت الإجارة على العمل، والمنفعة إن وردت الإجارة على المنفعة؛ وهذا لأن الأجرة معقود لها، والمنفعة أو العمل معقود عليه، فإعلام المعقود به والمعقود عليه شرط تحرزًا عن المنازعة، كما في باب البيع، ثم إعلام المنفعة ببيان الوقت وهو الأجل، أو ببيان المسافة، وإعلام العمل ببيان محل العمل، وإعلام الأجرة إن كانت الأجرة دراهم أو دنانير ببيان القدر أنه كذا، وببيان الصفة أنه جيّد أو رديء، ويقع على نقد البلد إن كان في البلد نقد واحد، إلى آخر ما ذكرنا في البيوع.

وأمَّا ركنها: فالإيجاب والقبول بالألفاظ الموضوعة في عقد الإجارة.

أمَّا بيان ألفاظها الإجارة فنقول: الإجارة إنَّما تنعقد بلفظين يعبّر بهما عن الماضي، نحو أن يقول أحدهما: آجرتُ هذه الدار، ويقول الآخر: قبلتُ، أو استأجرتُ، ولا تنعقد بلفظين أحدهما يعبّر به عن المستقبل نحو أن يقول أحدهما: أجرني، فيقول الآخر: أجرتُ؛ وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة فيعتبر ببيع العين، وتنعقد بلفظ الإعارة حتى أن من قال لغيره: أعرتُك هذه الدار شهرًا بكذا، أو قال: كل شهر بكذا، وقبل المخاطب ذلك كانت على إجارة صحيحة.

وإذا قال لغيره: بعتُ منك منافع هذه الدار كل شهر بكذا، أو قال: هذا الشهر بكذا، ذكر في «العيون» أنَّ الإجارة فاسدة؛ وهذا لأن القياس يأبى جواز هذه الإجارة؛ لأن محل حكم الإجارة المنفعة وإنَّها معدومة، والمعدوم لا يصلح محلًّا لحكم العقد، ولا لإضافة العقد إليه، إلا أن الشرع وردَ بجوازها إذا باشر العقد على العين بلفظة الإجارة، أو باشر على المنفعة بلفظة الإجارة، ولفظة الإجارة لا يختص بتمليك الأعيان، فكل لفظ لا يختص بتمليك الأعيان ملحق بلفظة الإجارة، وكل لفظة يختص بتمليك الأعيان لا يلحق بلفظة الإجارة، والبيع يختص بتمليك الأعيان فلا يلحق به، والعارية، والهبة، والتمليك لا يختص بتمليك الأعيان فيلحق به.

إِلَى مَا سَيُوجَدُ لا يَصِحُّ إِلَّا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهَا الآثَارُ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»

وعن هذا قلنا: أجرتك منافع هذه الدار شهرًا، أو وهبتُ لك منافع هذه الدار شهرًا بكذا، أو ملكتُك منافع هذه الدار شهرًا بكذا، يجوز، فبقي لفظ البيع على أصل القياس.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: فصل بيع السكنى مشكل عندي؛ لأن لفظ البيع يُملك به الرقبة، وملك الرقبة سببٌ لملك المنفعة، فكان ينبغي أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة به مجازًا، لكن لفظ البيع إن أضيف إلى الدار فهو صالح لتمليك عينها، فلا يجوز أن يجعل مجازًا عن غيره، وإن أضيف إلى المنفعة والمنفعة معدومة، والمعدوم لا يصلح لإضافة العقد إليه حتى لو قال الحُرّ لغيره: بعتُك نفسي شهرًا بكذا لعمل كذا، فهو إجارة؛ لأنه لا يصلح لتمليك عين الحر فيجعل مجازًا عن تمليك المنفعة، هكذا ذكر وجه التخريج، وهو مشكل عندي؛ لأن علة عدم جواز البيع هاهنا لو كانت هي العدَم ينبغي أن لا تنعقد الإجارة بلفظة الهبة والتمليك، وبالإجماع أنه تنعقد بهما، وتنعقد الإجارة بالتعاطي، بيانه فيما ذكر محمد رحمه الله في إجارات «الأصل» في باب إجارة المتاع والثياب: إذا استأجر قدورًا بغير أعيانِها لا يجوز؛ للتفاوت بين القدور من حيث الصِّغر والكبَر، فإن جاءوا بقدور وقبلها منه على الكراء الأول جاز، ويكون هذا إجارة مبتدأة بالتعاطي.

وأمَّا حكمها: فوقوع الملك في البَدلين كما في العين، إلا أن الملك في البدلين في بيع العين يقع معـًا كما فرغا من العقد إلا لمانع، وفي الإجارة يقع الملك في البدلين ساعةً فساعةً عندنا؛ لأن المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعةً فساعةً، على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«المغني».

قوله: وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهَا الآثَارُ، فاثنان منها ما ذكر في الكتاب، ومنها أيضـًا ما قال عليه الصَّلاة والسلام في خبَرٍ آخر: «ثلاثٌ أنا خصمهم يوم القيامة، فمن كنت خصمُه خصمتُه رجل أعطي في ثم تعذَّر، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفي منه ولم يوف أجره، ورجل باع حرًّا وأكل ثمنه»، ذكره في «الإيضاح».

وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» وَتَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ، وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَيْهَا لِيَرْتَبِطَ الإِيجَابُ بِالقَبُولِ، ثُمَّ عَمَلُهُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ مِلْكًا وَاسْتِحْقَاقًا حَالَ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ.

ثم قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ»، والأمر منه بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد، وبُعث والناس يؤاجرون ويستأجرون فأقرَّهم على ذلك وبيَّن أحكامه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَتَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ، وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ الْمَنْفَعَةِ، إلى آخره، هذا الذي ذكره مذهبنا، فإن عندنا عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث المنافع في أنفسها، كأن العقد مضاف إلى معدوم سيوجد، بمنزلة الوصيَّة المضافة إلى ما يثمر نخله، والطلاق والعتاق المضاف إلى شهر، والدار جعلت خلفاً عن المنفعة في حق إضافة العقد، ويرتبط الإيجاب بالقبول عند الإضافة إلى الدَّار.

ثُمَّ عَمَلُ - العقد المنعقد يظهر أثره - فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ مِلْكًا وَاسْتِحْقَاقًا - بالعقد - حَالَ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ، وأمَّا عند الشافعي رحمه الله فتجعل المنافع المعدومة موجودةً حكماً ضرورة تصحيح العقد، فإن الإجارة عنده في حكم المنفعة في حق المنعقد في حقِّ المعقود عليه بمنزلة السَّلم وبيع العين، فإن العقد يستدعي محلًّا ينعقد فيه، وقد حكم الشرع بالانعقاد فإن العقد قد لزم، واللُّزوم وصفٌ يثبت للعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد فيه، فأنزلنا المعدوم موجودًا لذلك.

ونحن نقول: بأن ارتباط الإيجاب والقبول صفة الكلامين، والمحل يحتاج إليه للحكم، وإنما اعتبر وجود المحل عند الارتباط؛ لأن هذا الانعقاد لا يكون إلا لأجل الحكم، فلا بدَّ من تعيين محل حتى يعمل العقد فيه، فجعل الدَّار خلفاً عن المنفعة في حق إضافة العقد وهذا مجمع عليه، ثم بعد ذلك عمل حكم هذا اللفظ يتراخى إلى حين وجود المنفعة،

(وَلا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالأُجْرَةُ مَعْلُومَةً) لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ

وحكم العقد وهو الملك يقبل الفصل عن العقد، فإن الملك فيه يتراخى إلى وقت سقوط الخيار في خيار الشرط في البيع، وهذا أَوْلَى ممَّا ذهبَ إليه الشافعي رحمه الله؛ لأن ما ذكره قلب الحقيقة، وما ذكرناه تغيير أمر شرعيّ بدليل شرعيّ.

ثم للشافعي رحمه الله مسائل على هذا الأصل:

منها: أن الأجرة تملك بنفس العقد وتستوفى للحال؛ لأنه أعطى المنافع المعدومة حكم الموجود المملوك في حق صحة الإجارة، فتصير بمنزلة بيع عين موجود، والبيعُ المطلق يوجب الملك في الثمن حالًا.

ومنها: إذا آجر داره شهرين فلم يسلم شهرًا وأراد التسليم في الثانِي لم يجبر على التسليم، كما إذا اشترى شيئين صفقةً واحدةً ولم يسلمهما حتى هلكَ أحدهما، فإن المشتري يتخير في قبض الثانِي.

ومنها: إذا ماتَ أحد المتعاقدين ولم يبطل ووُرثت المنافع، وكذلك الموصى له بسكنى الدار إذا ماتَ وُرثت عنه السُّكنى؛ لأنها صارت للموصى له، والمستأجر في حكم المملوك القائم من المال فيورث كما يورث الدين.

ومنها: أن المولى إذا آجر عبده سنةً ثم أعتقه بقي العقد؛ لأن منافعه صارت في حكم المملوكة للمستأجر والخارجة عن ملك المولى والعبد، فلا يصير له بالعتق كما لو آجر نفسه بنفسه، وكذلك الوصيّ إذا آجر اليتيم سنةً ثم بلغ اليتيم لم يملك نقضه، كما لو كان باع ماله، ويقربُ منها إجارة سكنى الدار بالسكنى شهرًا، فإنه يجوز على أصله كبيع الدار بالدار؛ لأنها أعطيت حكم الموجود القائم للحال في حق جواز التصرف المبنِي على الملك، فلا يكون للجنس تأثيرًا في تحريم بيع الموجود بالموجود والحال بالحال، كذا في «الأسرار»، و«الإيضاح».

قوله: وَلَا تَصِحُّ حَتَّى تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالأُجْرَةُ مَعْلُومَةً؛ لِمَا رَوَيْنَا، وهو قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»، وهذا الحديثُ دلَّ بعبارته على اشتراط

فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلِهِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ فِي البَيْعِ (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً فِي الإِجَارَةِ)؛ لِأَنَّ الأُجْرَةَ ثَمَنُ المَنْفَعَةِ، فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ المَبِيعِ. وَمَا لا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أُجْرَةً أَيْضًا كَالأَعْيَانِ. فَهَذَا اللَّفْظُ لا يَنْفِي صَلاحِيَّةَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ مَالِيٌّ.

إعلام الأجرة، وبدلالته على اشتراط إعلام المنافع؛ وهذا لأن المنافع هي المعقود عليه في عقد الإجارة والأجرة معقود به، ففي العقود الأصل هو المعقود عليه، وأمَّا المعقود به فيجري مجرى البيع، فلمَّا اشترط إعلام التبع كان اشتراط إعلام المتبوع أَوْلَى، فكان اشتراط إعلام المنافع ثابتًا بدلالة الحديث، فصحَّ الاستدلال بهذا الحديث على ما ادَّعاه من اشتراط إعلام المنافع وإعلام الأجرة.

قوله: وَمَا لا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أُجْرَةً أَيْضًا كَالأَعْيَانِ، أي: كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوانات، والعدديَّات المتفاوتة، فإنَّها لا تكون ثمنـًا أصلًا كما ذكرنا في البيوع، أن الأموال ثلاثة: ثَمن محض كالدَّراهم والدنانير، ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال، وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات، ولمَّا كان كذلك فالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال تصلح أجرة في عقد الإجارة، ولا تصلح ثمنًا في البيع، استقام قولنا: وَمَا لا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أُجْرَةً أَيْضًا.

ثمَّ اعلم أن الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان وغيره إنما يصلح أجرة إذا كان معينًا، وأمَّا إذا كان دينًا فلا يصلح أجرة أيضـًا؛ لأن الحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بدلًا عمَّا هو مال، كذا في «المغني».

وقوله: فَهَذَا اللَّفْظُ، إشارة إلى قوله: وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً.

قوله: لا يَنْفِي صَلاحِيَّةَ غَيْرِهِ؛ - أي: غير الثمن - لِأَنَّهُ عِوَضٌ مَالِيٌّ، أي: لأن الأجرة على تأويل الأجر عوض ماليّ، فيعتمد وجود المال، والأعيان مالي فصحَّ أن يكون أجرة، وأمَّا الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يجب في الذمة كالدراهم، والمقدرات الموصوفة

(وَالمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالمُدَّةِ كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ، لِلسُّكْنَى وَالأَرْضِينَ لِلزِّرَاعَةِ فَيَصِحُّ العَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ)؛ لِأَنَّ المُدَّةَ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ قَدْرُ

التي يجب في الذمة، وأمَّا الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالحيوان فلا يجب في الذمة، فلا يصلح أن يكون ثمنًا في البيع لذلك.

ولأن البيع يوجب الملك في الثمن في الحال والعقد يقتضي المساواة، فيقتضي أن يكون المبيع مملوكـًا في الحال، ولا يستقيم ذلك في الإجارة؛ لأن المنفعة وهي المعقود عليها لا تملك في الحال؛ لما ذكرنا أنَّها تنعقد على حسب حدوث المنفعة، والمنفعة غير حادثة حالة العقد فلم تكن المنفعة مملوكة في الحال، ثم لو صُولح الأعيان أجرة مع ذلك، وهي ممَّا يُملك في الحال لم تبق المساواة في عقد الإجارة.

فإن قلتَ: هذا عذرٌ صحيح في أن الأعيان يصلح أجرة ولا يصلح ثمنًا، فما وجه العذر في حق المنفعة؟ فإنَّها تصلح أجرة إذا اختلف جنس المنافع كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة، ولا يصلح المنفعة ثمنـًا في البيع أصلًا، كذا في «المغني».

قلتُ: عرف العذر في حق المنفعة من إيحاء بيان العذر الثانِي الذي ذكرنا في حق الأعيان، وهو أن الثمن يجب أن يكون مملوكـًا بنفس البيع إذا لم يكن فيه خيار، والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد؛ لأنَّها مملوكة معدومة، وأمَّا الأجرة فليس من شرطها أن تملك بنفس العقد فكانت الإجارة كالنكاح، فإن المنفعة تصلح مهرًا في النكاح؛ إذ ليس من شرط المهر أن يملك بنفس العقد، فإن تسميته عند الغير مهرًا صحيح، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَيَصِحُّ العَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ، هذا احتراز عن قول الشافعي رحمه الله، حيث لا يجوز الاستئجار عنده أكثر من سنة واحدة، وفي قول آخر: يجوز إلى ثلاثين سنة ولا يجوز أكثر ذلك، وفي القول الآخر: يجوز أبدًا.

وجه قوله الأول: أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة في بعض الأشياء قد لا تتم إلا بسنةٍ كما في الأراضي ونحوها، وفيما وراء ذلك لا حاجة، وعلى القول الثانِي يقول: إن الإنسان في العادة قلَّما يسكن بالإجارة أكثر من ثلاثين سنة، وعلى الثالث: المنافع كالأعيان

الْمَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا

القائمة، والعقدُ على العين يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة.

وحجتنا فيه أن إعلام المعقود عليه لا بدَّ منه، والمنفعة لا تصير معلومة إلا ببيان المدة، وبعد إعلام المدة العقد جائز قلَّ المعقود عليه أو كثر، وقد دلَّ على جواز الاستئجار أكثر من سنة قولُه تعالى: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَۖ﴾ [القصص: ٢٧]، فكان كل مدة تصلح أجلًا في البيع فإنها تصلح مشروطة في عقد الإجارة كالسَّنة ونحوها، والمعنى أن المشروط هو الإعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة، وفي هذا لا تفاوت بين أن تكون المدة طويلةً أو قصيرةً، كذا في «المبسوط».

ثم لو وقتا مُدَّة الإجارة وقتاً بحيث لا يعيش إليه أحد المتعاقدين هل تصح هذه الإجارة أم لا؟ بعضهم قالوا: لا يصح، وبه كان يفتي القاضي أبو عاصم العامري[1] رحمه الله، ووجه ذلك أن الغالب ملحق بالمتيقن في حق الأحكام، حتى يحكم بموت المفقود بموت أقرانه، فإذا كان الظاهرُ أنه لا تعيش إلى تلك المدة صارت الإجارة مؤبدة معنًى، والتأبيد في الإجارة يُبطلها، وبعضهم جوَّزوها، وممن جوَّزها الخصَّاف رحمه الله؛ لأن العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين؛ وإنه يقتضي التوقيتَ ولا عبرة لموت العاقدَيْن أو أحدهما قبل انتهاء المدة؛ لأن ذلك عسى أن يوجد فيما إذا كانت المدة مقدارَ ما يعيش الإنسان إليها غالبًا ولا عبرة له.

ونظيرُ هذا: إذا تزوج امرأةً إلى مائة سنة فإنه يكون متعة، ولا يكون هو بمنزلة التأبيد حتى يصح النكاح، وإن كان لا يعيش إلى هذه المدَّة غالبًا، وجعل ذلك بمنزلة نكاح مؤقت، وكذا في مسألتنا اعتبرنا التوقيت وقلنا بصحة الإجارة، وإنما فعلنا هكذا؛ لأن العبرة لظاهر اللفظ، كذا في «الذخيرة».

---

(١) هو الإمام القاضي، أبو عاصم، محمد بن أحمد، العامري، كان قاضياً بالقنية، وإماماً بدمشق، ومن تصانيفه «المبسوط» نحو من ثلاثين مجلدًا، مقرّه بالنورية بدمشق.

انظر: «الجواهر المضية» (٣/ ٨٤)، و(٤/ ٥٨)، و(٤/ ٦٨).

إِذَا كَانَتِ المَنْفَعَةُ لا تَتَفَاوَتُ.

وَقَوْلُهُ: أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ طَالَتِ المُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ لِكَوْنِهَا مَعْلُومَةً وَلِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَيْهَا عَسَى، إِلَّا أَنَّ فِي الأَوْقَافِ لا تَجُوزُ الإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ كَيْ لا يَدَّعِيَ المُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ المُخْتَارُ.

قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَى صَبْغِ ثَوْبِهِ أَوْ خِيَاطَتِهِ،

قوله: إِذَا كَانَتِ المَنْفَعَةُ لا تَتَفَاوَتُ، هذا احتراز عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة، حيث لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها؛ لأن ما يزرع فيها متفاوت على ما يجيء بيانه في الكتاب في باب ما يجوز من الإجارة.

قوله: وَهِيَ مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ المُخْتَارُ، المتولي إذا آجر الموقوف إن كان الواقف شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة لا تجوز الزيادة على ذلك، وإن لم يكن شرط جاز إجارته إلى ثلاث سنين، أمّا الإجارة إلى أكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه، قال مشايخ بلخ رحمهم الله: لا تجوز الزيادة على ذلك، وقال غيرهم: يرفع إلى الحاكم حتى يبطله، وبه أخذ الفقيه، كذا في «التَّتِمَّة».

والحيلة في ذلك حتى يجوز أكثر من ذلك ثلاث سنين أن يرفع إلى الحاكم حتى يجوّزه، كذا في «الصغرى» لصدر الإسلام رحمه الله، وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضّياع إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنةٍ واحدةٍ إلا إذا كانت المصلحة في الجواز.

وذكر بعض مشايخنا في «شرح حيل الخصّاف»: الحيلةُ لجواز الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقدوا عقودًا متفرّقة على الأوقات، كل عقد على سنةٍ، فيكتب: استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقودًا، كل عقد على سنةٍ فيكون العقد الأول لازمًا والثاني غير لازم؛ لأنه مضاف، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ، أي: المنافع تصير معلومة بنفس عقد الإجارة.

أَوِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً؛ لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَّاهَا)؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَ الثَّوْبَ وَلَوْنَ الصَّبْغِ وَقَدْرَهُ وَجِنْسَ الخِيَاطَةِ وَالقَدْرَ المَحْمُولَ وَجِنْسَهُ وَالمَسَافَةَ صَارَتِ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ العَقْدُ، وَرُبَّمَا يُقَالُ: الإِجَارَةُ قَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى العَمَلِ كَاسْتِئْجَارِ القَصَّارِ وَالخَيَّاطِ، وَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ العَمَلُ مَعْلُومًا وَذَلِكَ فِي الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ، وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى المَنْفَعَةِ كَمَا فِي أَجِيرِ الوَحْدِ، وَلا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الوَقْتِ.

قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالإِشَارَةِ كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا، لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا آرَاهُ مَا يَنْقُلُهُ وَالمَوْضِعَ الَّذِي يَحْمِلُ إِلَيْهِ كَانَتِ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ العَقْدُ.

قوله: كَمَا فِي أَجِيرِ الوَحْدِ، وفي بعض النسخ: الْأَجِيرِ الوَحْدِ، والأصح هو الأول؛ لأنه قال في «المغرب»: أجير الوحد على الإضافة، بخلاف الأجير المشترك فيه من الوحد بمعنى الوحيد، ومعناه: أجير المستأجر الواحد، وفي معناه: الأجير الخاص، ولو حرك الحاء يصح؛ لأنه يقال: رجل وحدٌ، أي: واحد، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ الأَجْرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ

بـاب الأجر متى يستحق

لمَّا ذكر أن صحة الإجارة موقوفة إلى أن تكون الأجرة معلومة، احتاج إلى بيان وقتِ وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب وقال: **الأُجْرَةُ لا تَجِبُ بِالعَقْدِ**، أي: لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة» ما يؤيد هذا فقال: يجب أن يعلم بأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، ولا يجب إيفاؤُها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة، سواء كانت الأجرة عيناً أو دينًا، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الجامع»، وفي «كتاب التحري».

وذكر في الإجارات أن الأجرة إن كانت عينًا لا تملك بنفس العقد، وإن كانت دينًا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل، فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في «الجامع»، وفي «كتاب التحري»، وقال بعضهم: ما ذكره في الإجارت قول محمد رحمه الله أولًا، وما ذكره في «الجامع»، و«التحري» قوله آخرًا.

وإنما قلنا: أنَّ ما ذكره في «الجامع» أصح؛ لما ذكرنا أن الإجارة عقد معاوضة، فتوجب المساواة بين المتعاقدين ما أمكن ما لم يغير بالشرط كما في بيع العين، ولو قلنا أنه يجب إيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة ويفضل المؤجر على المستأجر.

وإذا ثبتَ أن إيفاء الأجر إنما يجب بعد استيفاء المنافع عندنا فنقول: كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولًا: لا يجب إيفاء شيء من الأجر إلا بعد استيفاء جميع المنفعة، سواء كانت الإجارة معقودة على المدَّة كما في إجارة الدار، أو على قطع المسافة كما في كراء الدابة إلى مكان، أو على العمل كما في القصار، وهو قول زفر رحمه الله، ثم رجع وقال: إن وقعت

قَالَ: (الأُجْرَةُ لا تَجِبُ بِالعَقْدِ وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلاثَةٍ: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُمْلَكُ بِنَفْسِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ المَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً حُكْمًا ضَرُورَةَ تَصْحِيحِ العَقْدِ فَيَثْبُتُ الحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنَ البَدَلِ. وَلَنَا أَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَالعَقْدُ مُعَاوَضَةٌ، وَمِنْ قَضِيَّتِهَا المُسَاوَاةُ، فَمِنْ ضَرُورَةِ التَّرَاخِي

الإجارة على المدة كما في إجارة الأرض فإنه يجب إيفاء الأجر بحصته ما استوفى على ما نذكر بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وذكر الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أيضـًا في كتاب الإجارات من «المبسوط» أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينًا كان أو دينًا، وإنما تملك بإحدى معان ثلاث، وعند الشافعي رحمه الله تُمْلَكُ بِنَفْسِ العَقْدِ، فيجبُ تسليمها عند تسليم الدار والدابة إلى المستأجر.

قوله: وَلَنَا أَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ المَنَافِعِ، إلى آخره، فإن قلتَ: فلو احتج الخصم على ما ادَّعى دعوتين: أحدهما: أن الأجرة تملك بنفس العقد، والثانية: أن المنافع المعدومة بمنزلة الأعيان الموجودة بمسائل ودلائل متفق عليها، أمّا الدليل على ملك الأجرة بنفس العقد صحة الإبراء من الموجر، وصحة الارتهان به، وصحة الكفالة، وصحة الملك إذا استوفى في الحال، وكذلك إذا شرط التعجيل ملكَ، ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك في الأجر لما وجبَ الأجر بالشرط، كما قلتم في الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل.

وأمّا الدليل على الدعوى الثانية وهي أن المنفعة المعدومة بسبب عقد الإجارة بمنزلة العين الموجودة، فصحة الاستئجار بأجرة مؤجلة، ولو لم يكن عينًا موجودًا كان دينًا والدين بالدين حرام في الشرع، ولو تزوج أمرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار إليها لم يكن لها أن تحبس نفسها باستيفاء المنفعة، عُلم بهذا أن المنفعة المعدومة بمنزلة العين المسلمة إليها،

فِي جَانِبِ الْمَنْفَعَةِ التَّرَاخِي فِي الْبَدَلِ الْآخَرِ. وَإِذَا اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ يَثْبُتُ الْمِلْكُ

والدليل على أن للمنفعة حكم عين المال ظاهر أيضاً، فإنه لو تزوَّج امرأة بسكنى دار سنة يجوز، وتصلح السكنى مهرًا والمهر لا يكون إلا بالمال لقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، وكذلك الحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بدَلَ المنفعة عندكم، ويثبت بدلًا عمَّا ليس بمال كما في النكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، فعُلِم بهذا أن للمنفعة حكم المال، ولمَّا ثبتَ لها حكم المال ينبغي أن يجب بنفس العقد كالثمن؛ ولأن للشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقةً كالموجود حكماً، كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحيّ حكماً في حق الإرث، والعتق، والوصية، كما جعل عكسه في حق المرتد اللَّاحق بدار الحرب، حيث جعل الحيّ حقيقةً كالميت حكماً، خصوصًا على أصلكم أقيمت الدار مقام المعقود عليه، فإنه يوجب ملك البدل كما في عقد السلم، فإن الذمة لمَّا أقيمت مقام المعقود عليه هناك أعطي للمسلم فيه الذي هو معدوم حقيقةً حكم الموجود، وملك البدل بنفس العقد، فيجب أن يكون هاهنا كذلك، وهذا شيءٌ لا محيص لكم عنه فما جوابنا عنه؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن صحة الإبراء فهو قول محمد خلافاً لأبي يوسف رحمهما الله، هكذا نصَّ عليه في «الإيضاح»، وأشار إليه في «المبسوط»، وإن ذكر مطلقاً في «الأسرار».

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على أصلنا؛ لأنه لمَّا لم تكن الأجرة واجبة لم يجز التصرف فيها بالإسقاط، بخلاف الدين المؤجل؛ لأنه ثابت في ذمته ولكن تأخرت المطالبة، فإذا أسقطَ الدين وهو موجود يصح، بخلاف ما نحن فيه.

وأمَّا وجه قول محمد رحمه الله فإن العقد سبب في جانب الأجرة، والإبراء بعد وجود السبب جائز كعفو المجروح عن القصاص بعد وجود الجراحة، وإن كان وجوب القصاص بعد زهوق الروح، وإنما قلنا: أنه سببٌ؛ لأن اللفظ الصالح لإثبات الحكم به موجودٌ، وعدم الانعقاد في حق المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورةَ في الأجرة فظهر الانعقاد في حقه. وأمَّا صحة الرهن والكفالة فإنَّهما وثيقتان والتوثق يلايم هذا الدَّين، كما لو رهنَ بالثمن في البيع المشروط فيه الخيارُ، كذا في «الإيضاح».

فِي الأَجْرِ لِتَحَقُّقِ التَّسْوِيَةِ.

وذكر في «المبسوط» في باب الكفالة بالأجر: وتجوز الكفالة في جميع الإجارات بالأجرة؛ لأن الأجر وإن لم يجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وُجد، والكفالةُ بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك، والكفالة بدين سيجب صحيحة كالكفالة بما يذوبُ له على فلان، والرهنُ بالأجر أيضـًا صحيح؛ لأن موجبَ الرهن ثبوتُ يد الاستيفاء، واستيفاء الأجر قبل وجوب الأجر صحيح؛ لأن تعجيل الأجر صحيح فالرهن به كذلك، وإذا ثبتَ جواز الرهن به يثبت جواز الكفالة بالطريق الأَوْلَى، وأمَّا صحة الملك إذا استوفى أو شرط التعجيل.

وأمَّا إِذَا شَرَطَ التَّعْجِيلَ فنقول: امتناع الملك بنفس العقد كان لمقتضى مطلق المعاوضة، وذلك يتغيَّر بالشرط بمنزلة البيع، فإن مقتضى مطلق البيع ملك المبيع بنفس العقد ثمَّ يتأخر بشرط الخيار، ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتغيَّر بشرط الأجل، فإذا ثبتَ أنه يملك بشرط التعجيل ثبتَ أنه يملك بالتعجيل أيضـًا؛ لأنه فوق اشتراط التعجيل، بخلاف الإجارة المضافة، فإن امتناع ثبوت الملك في البدل هناك ليس بمقتضى العقد، بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل.

وأمَّا الجواب عن الدعوى الثانية الذي استدل عليها بمسألة الدين بالدين، قلنا: إن المنفعة ليست بدَين، فإن الدين محله الذمة وهو لا يلزم المنفعة في الذمة فكيف نقول ذلك، وإنما يتحقق العدم عند العقد ولكن أقيم ما يخلفه وهو الدار مقام المنفعة، فلم يكن حينئذٍ بيع دين بدين، وأمَّا قوله: وإذا أسلم الدار إلى المرأة في النكاح لم يكن لها أن يحبس نفسها، قلنا: إنما كان كذلك؛ لأنه أوفى ما سمَّى برضاها، وللمنفعة حكم المال عند المراضاة بها حتى قلنا بجواز عقد الإجارة.

وأمَّا استدلاله بجواز النكاح على أن للمنفعة حكم المال غير صحيح؛ لأن صحة النكاح لا تتعلق بالمهر بحال ولا يتغير حكمه لأجله، ألا ترى أنه إذا تزوجها على خمر صحَّ ولا يجب الخمر بحال، وكذلك لو تزوجها على أن لا مهر لها يصح ويقع الملك، بخلاف الإجارة فإن المنافع مبيعة والأجرة ثمن فكانت المنافع أصلًا.

وَكَذَا إِذَا شَرَطَ التَّعْجِيلَ أَوْ عَجَّلَ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ تُثْبِتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ أَبْطَلَهُ.

وأمَّا قوله: ولأن الشرع يجعل المعدوم حقيقة موجودًا حكمـًا لمعنى اقتضاه إلى آخره، قلنا: نعم لكن ذلك إنَّما عُهد في الشرع فيما يمكن التقدير؛ لأنه إنما يقدر الشيء حكمـًا إذا كان يتصور حقيقةً كما قلنا فيما استشهدوا به، فإن الحيّ يتصور فيه الموت، والموت يتصور فيه الحياة، ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملةً، فلا يجوز أن يقدر حكمـًا، فأمَّا جواز العقد فليس باعتبار أنَّ المنفعةَ تجعل موجودة حكمـًا، وكيف يقالُ هذا والموجود من المنفعة حقيقةً لا يقبل العقد، فإن المنفعة غرضٌ لا يتصوَّر بقاؤها وقتين، والتسليم لحكم العقد يكون عقيبه، والجزء الموجود حقيقةً لا بقاءَ له ليسلم عقيب العقد، وما لا يتصوَّر فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلًّا لعقد المعاوضة بل بأحد من الطريقين:

(١) إمَّا بإقامة عين الدار المنتفع بها مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب، ثم انعقد المعقود عليه بحسب الحدوث، وهو معنى ما قلنا: أن حكم الإجارة في حكم عقود متفرّقة، ويتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة.

(٢) أو باعتبار أنه لمَّا تعذَّر الإيجاب بعد وجود المنفعة سقطَ اعتبار الوجود فيه شرعًا، ولكن عرضية الوجود بكون العين منتفعًا بها تكفي لانعقاد العقد، كما لو تزوَّج رضيعةً صحَّ النكاح باعتبار أن عرضية الوجود فيما هو المعقود عليه، وهو ملك المحل أقيم مقام الوجود ضرورةً.

وأمَّا قياسه على ملك البدل بنفس العقد في السَّلم فغير صحيح؛ لأنا لم نقل بالجواز في السَّلم بطريق أن المسلم فيه أعطي حكم الموجود في الذمة، بل جُوّز من طريق أن الحنطة أعطي حكم الثمن، فمن حكم البيع إزالة الملك عن مبيع عين موجود بثمن يوجبه في ذمَّة المشتري، فجوّز بيع الحنطة سلمـًا قبل الوجود على معنى أن يجعل السلم موجبًا للحنطة كما كان موجبًا للثمن؛ لأن الإزالة والإيجاب حكمان شرعيَّان، فكان ما قلناه تبديلًا للحكم الشرعي لقيام الدليل عليه وما قاله الخصم قلب الحقيقة، والتبديلُ أهون من قلب الحقيقة، ثم الدليل على أن بيع السلم جُوّز من الطريق الذي قلنا: أن قبض رأس المال شرط في المجلس، كيلا يكون دينـًا بدين كما شرط في الصَّرف، ولو أعطي المسلم فيه حكم العين الموجود في حق جواز السَّلم لما وجب قبض رأس المال، كما لو باع حنطةً بعينها بدراهم، هذا كله ممَّا

(وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا)؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ عَيْنِ الْمَنْفَعَةِ لا يُتَصَوَّرُ فَأَقَمْنَا تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ مَقَامَهُ إِذِ التَّمَكُّنُ مِنَ الِانْتِفَاعِ يَثْبُتُ بِهِ. (فَإِنْ غَصَبَهَا غَاصِبٌ مِنْ يَدِهِ سَقَطَتِ الأُجْرَةُ)؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ إِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الِانْتِفَاعِ، فَإِذَا فَاتَ التَّمَكُّنُ فَاتَ التَّسْلِيمُ، وَانْفَسَخَ الْعَقْدُ

أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا، يعني: إذا تمكن من الاستيفاء في المدة، هذه المسألة مقيَّدة بقيود:

أحدها: ما ذكرنا من مطلق التمكن، حتى أنه إذا لم يتمكَّن من الاستيفاء بأن منفعة المالك، أو الأجنبيُّ، أو سلم الدَّارَ مشغولة بمتاعه ولم يتمكَّن من الاستيفاء، لا تجب الأجرة.

والثانِي: أن هذا الحكم فيما إذا كانت الإجارة صحيحة، أمَّا في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقةُ الاستيفاء، ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة.

والثالث: أن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقدُ في حقه، حتى إذا استأجر دابةً إلى الكوفة فسلَّمها الموجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه، فإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة، وقال الشافعي رحمه الله: تجب الأجرة في الوجهين، دليلنا أن العقد وقع على مسافة، فالتسليم في غيرها لا يستحق به البدل.

والرابع: ينبغي أن يكون متمكناً من الاستيفاء في المدَّة، فإنه لو استأجر دابَّة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهبَ إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر، وإن تمكَّن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقدُ؛ لما أنه إنَّما يمكن بعد مضي المدة، وإذا استأجر دابَّة إلى مكة فلم يركبها بل مشى فإن كان بغير عذر في الدابة فعليه الأجر؛ لأن المعقود عليه ممكن الاستيفاء، وإن لم لم يركبها لعلة في الدابة بحيث لم يقدر على الركوب لا أجر عليه.

ولو استأجر ثوبًا ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون

فَسَقَطَ الأَجْرُ، وَإِنْ وَجَدَ الغَصْبَ فِي بَعْضِ المُدَّةِ سَقَطَ الأَجْرُ بِقَدْرِهِ؛ إِذِ الِانْفِسَاخُ فِي بَعْضِهَا. (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَلِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ وَقْتَ الِاسْتِحْقَاقِ بِالعَقْدِ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّأْجِيلِ (وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الأَرَاضِي) لِمَا بَيَّنَّا. (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ فَلِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ)؛ لِأَنَّ سَيْرَ كُلِّ مَرْحَلَةٍ مَقْصُودٌ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ جُمْلَةُ المَنَافِعِ فِي المُدَّةِ فَلَا يَتَوَزَّعُ الأَجْرُ عَلَى أَجْزَائِهَا، كَمَا إِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ العَمَلَ. وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً

فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم أنه لو كان لبسه لكان لا يتحرق؛ لأنه أمكن أن يكون منتفعًا بالثوب في ذلك الوقت، فإذا مضى وقت يعلم أنه لو كان لبسه لتحرق سقط عنه الأجر؛ لأن بعد مضي ذلك الوقت يتعذر جعله منتفعًا به، كذا في «الذخيرة»، و«شرح الأقطع».

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَلِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ، وقد ذكرنا في بيان اللغة أن الصواب أن يقال: فللموجر؛ لأن قولنا: آجر الدَّار هو أفعل لا فاعل، واسم الفاعل منه الموجر لا المؤاجر.

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ فَلِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ، جعل هذا القول في «المبسوط»، و«الإيضاح» قول الكرخيّ رحمه الله، وأمَّا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه المرجوع إليه لم يقدر بتقدير، بل قال: كلَّما سار مسيرًا له من الأجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كما إذا كان المعقود عليه العمل، فإنه لو استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا لا يلزمه إيفاء الأجر ما لم يفرغ من العمل.

قوله: أَنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً، يعني: أن القياس يقتضي أنه

لِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ، إلَّا أَنَّ المُطَالَبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفْضِي إلَى أَنْ لا يَتَفَرَّغَ لِغَيْرِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، فَقَدَّرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا. قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالخَيَّاطِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرِهِ حَتَّى يَفْرُغَ مِنَ العَمَلِ)؛ لِأَنَّ العَمَلَ فِي البَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ فَلا يَسْتَوْجِبُ بِهِ الأَجْرَ، وَكَذَا إذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ المُسْتَأْجِرِ لا يَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ قَبْلَ الفَرَاغِ؛

كلَّما سارَ شيئًا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الأجر ولكن ذلك القدر لا يعرف، ولو أخذنا بالقياس لم يتفرغ لشغل آخر بل يسلم الأجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل، وذلك بعيدٌ، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَا إذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ المُسْتَأْجِرِ لا يَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ قَبْلَ الفَرَاغِ، اعلم أنَّ هذا الذي ذكره من الحكم بأن العامل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجرَ قبل الفراغ وقع مخالفًا لعامة روايات الكتب من «المبسوط»، و«مبسوط شيخ الإسلام»، و«الذخيرة»، و«المغني»، و«شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام، وقاضي خان، والتمرتاشي، و«الفوائد الظهيريَّة».

فإنه ذكر في «المبسوط» في باب من استأجر أجيرًا يعمل له في بيته، وقال: لو استأجر خياطًا ليخيط له في بيت المستأجر قميصًا وخاط بعضه فسُرِق الثوب فله الأجر بقدر ما خاطَ، فإن كل جزء من العمل يصير مسلَّمًا إلى صاحب الثوب بالفراغ منه، ولا يتوقَّفُ التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود.

وذكر في الفصل الثاني من «الذخيرة»: وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله، إلا أن يكون عمل الخياط والصبَّاغ في بيت صاحب المال، حينئذٍ يكون الجوابُ فيه كالجواب في الجمَّال على قوله الآخر: يجب على الموجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الحمال.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: ولهذا لو استأجر رجلًا خيَّاطًا ليخيط له في منزله، كلما عمل عملًا يستحق الأجرة بقدره، وهكذا أيضًا في غيرها، ولكن نقل من «التجريد»:

لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ التَّعْجِيلَ)؛ لِمَا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَازِمٌ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْأَجْرَ حَتَّى يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ)؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْعَمَلِ بِالْإِخْرَاجِ. فَلَوِ احْتَرَقَ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ

أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكرنا في الكتاب، فيحتمل أن المصنف رحمه الله اتبع صاحب «التجريد» أبي الفضل الكرماني رحمة الله عليه في هذا الحكم، والله أعلم بما هو الحق عنده.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أراد به قوله: **لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْبَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ.**

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ، - أي: في بيت المستأجر - **قَفِيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْأَجْرَ حَتَّى يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ**، فإن قلتَ: في هذا شبهتان:

إحداهما: أن وقف استحقاق الأجر إلى إيفاء العمل، وهو إخراج الخبز من التنور يدل على أن هذا الأجير أجير مشترك لا أجير وحدٍ، فإن أجير الوحد يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس، ولا يتوقف استحقاق الأجرة إلى الفراغ من العمل، واستعمال المستأجر إيَّاه في بيته يدل على أنه أجير وحد؛ لأن أجير الوحد هو الذي لا يعمل إلا لمستأجر واحد فلذلك سمّي به، ومهما كان في بيت المستأجر لا يمكن له عمل غيره فكيف جمع بينهما هاهنا؟ وبينهما تنافٍ على ما يجيء إن شاء الله تعالى في الفرق بينهما.

والثانية: أنه إن سلمنا أنه أجير مشترك، فالأجير المشترك إذا عمل في بيت المستأجر كان مستحقًّا للأجرة بقدر عمله على ما مرَّ من روايات عامة الكتب، بأن الأجر يجب للخياط الذي يخيط في بيت المستأجر بقدر عمله، غير موقوف استحقاق أجرته إلى الفراغ من العمل، فكيف وقف استحقاق أجرته هاهنا إلى الفراغ من العمل مع أنه في بيت المستأجر؟

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأولى: فإن هذا الأجير أجير مشترك، والفرق الصحيح بين الأجير المشترك وأجير الوحد ما أشار إليه في «المغني» بأن الأجير المشترك من وقع العقدُ

قَبْلَ الإِخْرَاجِ فَلَا أَجْرَ لَهُ لِلْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، (فَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَلَهُ الأَجْرُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ بِالوَضْعِ فِي بَيْتِهِ، وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ مِنْهُ الجِنَايَةُ. قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ،

في حقه على العمل، كما لو استأجر خياطًا ليخيط له هذا الثوب بدرهم، وأجيرُ الوحد من وقع العقد في حقه على المدة، كما لو استأجر إنسانًا شهرًا للخدمة وقد وقع العقد هاهنا على عمل الأجير فكان أجيرًا مشتركًا، فلمَّا كان أجيرًا مشتركًا كان استحقاق الأجر موقوفًا إلى الفراغ من العمل.

ثم إنما لم يستحق هاهنا بمجرد الخبز في التنور وهو الجواب عن الشبهة الثانية؛ لأن الأجير المشترك الذي يعمل في بيت المستأجر إنما يستحق الأجر بقدر عمله، أن لو كان لذلك العمل الذي عمله قدر وقيمة كما في الخياطة، وهاهنا الخبز قبل الإخراج ليس له قيمة فلا يستحق الأجر بحَسْب ذلك القدر، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله وقال:

فإن احترق الخبز في التنور قبل الإخراج لا أجر له على كلّ حالٍ، أي: سواء كان في بيت المستأجر أو في بيت الأجير؛ لأن الخبز قبل الإخراج لا يصير منتفعًا به ولا يتم العمل، بخلاف الخياطة إذا خاطَ في منزل رب الثوب فهلك الثوب بعد ما خاط بعضه فيستحق حصته من الأجر؛ لأن قدر ما خاطه منتفع به.

قوله: **فَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ احْتَرَقَ**، إلى أن قال: **وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ**، إنما خصَّ هاهنا بنفي الضمان؛ لأنه إذا احترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه فهو ضامن؛ لأن هذا جنايةُ يده، ويتخيَّر صاحب الخبز إن شاء ضمنه قيمته مخبوزًا وأعطاهُ الأجر، وإن شاء ضمنه دقيقًا ولم يكن له أجر، كذا في «المبسوط».

قوله: **قَالَ** - العبد الضعيف -: **وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ**، أراد به **قوله:** **وَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ**؛ لأنه لم يوجد الجناية، ثم هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري رحمه الله، وأمَّا عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان على الاتفاق، أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لم يهلك من عمله، وأمَّا على قولهما فلأنه هلك بعد

وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ مِثْلَ دَقِيقِهِ وَلا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بَعْدَ حَقِيقَةِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الخُبْزَ، وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ فَالغُرْفُ عَلَيْهِ) اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا اسْتَحَقَّ الأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

التسليم، فقال القدوري: إن عليه الضمان على قولهما؛ لأن العين مضمون على الأجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب، فلا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته كما هو الحكم في المغصوب.

ثم على ما ذكره القدوري إذا وجب الضمان عندهما كان لصاحب الدقيق الخيار، إن شاء ضمنه دقيقاً مثل دقيقه ولا أجر، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزًا وأعطاه الأجر، قال القدوري رحمه الله: ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما؛ لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه، وحال ما وجب الضمان فهو رَمادٌ لا قيمة له، كذا في «الذخيرة».

الطبخ: من حد نصر، الغرف: (آب بدَسْت وبكفين برداشتن)، من حد ضرب، والمراد منه هاهنا جعل الطعام في القصعة.

ثم قيَّد المسألة في الكتاب بالاستئجار في طبخ طعام الوليمة، حتى أنه إذا استأجره في طبخ قدر خاص فليس عليه الغرف، وذكر هذه المسألة مصرحًا في «المغني» في الفصل السادس عشر بهذين التفسيرين فقال: والطباخ إذا استوجر في عرس أو وليمة، فإخراج المرقة من القدور إلى القصاع على الطباخ، ثم قال: وإن استوجر لطبخ قدرٍ خاصٍّ فإخراج المرقة من القدر ليس عليه.

تَشْرِيجُ اللبن: تنضيده وضم بعضه إلى بعض.

وقوله: اسْتَحَقَّ الأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا، علق استحقاق الأجرة بإقامة اللبِن؛ لأن الأجير إذا لبنه فأفسده المطر قبل أن يرفعه أو انكسر فلا أجرَ له؛ لأنه لا يصير العمل مسلماً إلى المستأجر ما لم يصير لبنًا، ومادام على الأرض فهو طين لم يصر لبنًا بعد، فإن أقامه فقد برئ

– رَحِمَهُ اللهُ –، وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشْرِجَهَا)؛ لِأَنَّ التَّشْرِيجَ مِنْ تَمَامِ عَمَلِهِ، إِذْ لَا يُؤَمَّنُ مِنَ الفَسَادِ قَبْلَهُ فَصَارَ كَإِخْرَاجِ الخُبْزِ مِنَ التَّنُّورِ؛ وَلِأَنَّ الأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ – رَحِمَهُ اللهُ – أَنَّ العَمَلَ قَدْ تَمَّ بِالإِقَامَةِ، وَالتَّشْرِيجُ عَمَلٌ زَائِدٌ كَالنَّقْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ قَبْلَ التَّشْرِيجِ بِالنَّقْلِ إِلَى مَوْضِعِ العَمَلِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الإِقَامَةِ؛ لِأَنَّهُ طِينٌ مُنْتَشِرٌ، وَبِخِلَافِ الخُبْزِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ قَبْلَ الإِخْرَاجِ.

قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ حَتَّى

منه اللبان في قول أبي حنيفة رحمه الله، وله الأجر وإن فسد بعد ذلك.

قوله: وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشْرِجَهَا، فمذهبهما استحسان اعتبرا فيه العُرف، فإنهما جعلا التشريج على اللبان بمنزلة العُرف على الطباخ، فإن عُرف القدور في القصاع كان مستحقًّا على الطباخ عند الاستئجار في الوليمة، فكذا التشريج هاهنا على اللبَّان، وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالقياس فقال: المستحق عليه تصيير الطين لبنًا وقد فعل، فإنه لمَّا قام من وجه الأرض عرفنا أنه صار لبنًا وخرج من أن يكون طينًا، يوضحه: أن المستأجر قد ينقل اللبن إلى موضع العمل قبل أن يشرّجه، فلم يكن التشريج من مقاصده لا محالة، بخلاف الإقامة فإنه لا ينقله إلى موضع العمل قبل الإقامة، فصار ذلك مستحقًّا على اللبان، وهذا كله إذا كان يقيم العملَ في ملك المستأجر، فأمَّا في غير ملكه فما لم يشرجه ويسلمه إلى المستأجر لا يخرج من ضمانه، حتى إذا فسد قبل أن يسلمه إليه لم يكن له أجر إلا على قول زفر رحمه الله، وقد بيَّنا نظيره في الخباز، والفرق بين ما إذا كان العمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالقَصَّارِ... فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ، فإن قيل: في القصار عمله في إزالة الدَّرن والوسَخ، لا في إحداث البياض في الثوب، والبياض في القطن صفةٌ أصليةٌ.

يَسْتَوْفِيَ الأَجْرَ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصْفٌ قَائِمٌ فِي الثَّوْبِ فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ؛ لِاسْتِيفَاءِ البَدَلِ كَمَا فِي المَبِيعِ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي الحَبْسِ فَبَقِيَ أَمَانَةً كَمَا كَانَ عِنْدَهُ، وَلا أَجْرَ لَهُ لِهَلَاكِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ: العَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً قَبْلَ الحَبْسِ فَكَذَا بَعْدَهُ، لكِنَّهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولًا وَلَهُ الأَجْرُ، وَسَيُبَيَّنُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ لِلْأَجْرِ كَالحَمَّالِ وَالمَلَّاحِ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ العَمَلِ وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي العَيْنِ فَلَا يُتَصَوَّرُ حَبْسُهُ فَلَيْسَ لَهُ وِلايَةُ الحَبْسِ وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الحَمْلِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الآبِقِ حَيْثُ

قلنا: نعم ولكن لمَّا غلب عليه الدَّرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم، وحين أظهره القصار بعمله جُعل ظهوره مضافًا إلى عمله فيكون أثر عمله قائمـًا في المعمول، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الجامع الصغير» لقاضي خان: وأمَّا القصار إذا قصر الثوبَ فإن ظهر أثر عمله في الثوب باستعمال النشاستجة كان له حق الحبس، وإن لم يكن لعمله إلا إزالة الدَّرن اختلفوا فيه، والأصح أنه له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض كان مستترًا وقد ظهر بفعله.

وقوله: وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ، إلى أن قال: كَالحَمَّالِ، رُوي هذا بروايتين: بالحاء المهملة من الحمل، وبالجيم وهو مكاري الجمل، فدليل الأوَّل ما ذكر بعد هذا في الكتاب **بقوله: وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الحَمْلِ**، ودليل الثاني ما ذكره في «الذخيرة» في جواب قول زفر رحمه الله بقوله: وليس هذا كالجمال والمكاري، وقد قيَّد شيخي رحمه الله بالجيم.

قوله: وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الحَمْلِ، وقد ذكرنا من رواية «المبسوط»: أن إحداث البياض

يَكُونُ لِلرَّادِّ حَقُّ حَبْسِهِ لِاسْتِيفَاءِ الجُعْلِ، وَلَا أَثَرَ لِعَمَلِهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرَفِ الهَلَاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ المَبِيعِ بِمِلْكِهِ فَيَسْقُطَ حَقُّ الحَبْسِ. وَلَنَا أَنَّ الِاتِّصَالَ بِالمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ تَسْلِيمِ العَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ تَسْلِيمٌ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الحَبْسِ كَمَا إِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي بِغَيْرِ رِضَا البَائِعِ.

في الثوب بمنزلة عمل صانع له أثر في العين، فعلى تلك الرواية لا يكون الغسل نظير الحمل، وذكرنا أيضـًا من رواية قاضي خان رحمه الله أن الأصح هو بمنزلة عمل له أثر في العين وإن لم يستعمل فيه النَّشاسْتجة، فكان ما اختاره في الكتاب بجعل الغسل نظير الحمل مخالفًا لهاتين الروايتين، فيحتمل أن اختيار المصنف رحمه الله وقع على اختيار البعض الذي جعل الغسل بدون النشاستجة كالحمل في أنه ليس له حق الحبس، حتى أن في «الذخيرة» ذكر مسألة الغسل بدون النشاستجة، وذكر فيه اختلاف المشايخ من غير ذكر الأصح لأحد القولين.

قوله: لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى شَرَفِ الهَلَاكِ، فإذا ردَّه صار كأنه أحياه وملكه ملكـًا مبتدأً، أمَّا هنا العين كان قائمـًا لم يكن على شرف الهلاك فلا يكون له حق الحبس، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: فِي الوَجْهَيْنِ، - أي: في الذي لعمله أثر في العين، أو لم يكن - **لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ المَبِيعِ بِمِلْكِهِ،** كما في مسألة الصَّانع، واستقراض الحنطة ليزرعها في أرضه، وقياسًا على ما لو عمل في بيت صاحب الثوب.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الِاتِّصَالَ بِالمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ تَسْلِيمِ العَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ، أي: فلم يكن الصباغ راضيًا بإيصال صبغه بملك المستأجر وهو الثوب من حيث التسليم، بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ في الثوب، ولا وجود لذلك العمل إلا بالاتصال فكان هو

قَالَ: (وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ العَمَلُ فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ فَيَسْتَحِقُّ عَيْنَهُ كَالمَنْفَعَةِ فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ.

(وَإِنْ أَطْلَقَ لَهُ العَمَلَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ)؛ لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ عَمَلٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَيُمْكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ وَبِالِاسْتِعَانَةِ بِغَيْرِهِ بِمَنْزِلَةِ إِيفَاءِ الدَّيْنِ.

مضطرًّا في وجود الاتصال، والرضاء لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو إذا بنى السفل، وليس كما لو عمل في بيت صاحب الثوب؛ وذلك لأن الثوب في يد صاحب الثوب حكماً لقيام يده على الدار، ويمكن للعامل أن يعمل على وجه لا يقع عمله في هذا اليد بأن يعمل في بيت نفسه، فإذا كان هو يمكنه الاحترازُ ولم يحترز صار راضيًا بذلك فيبطل حقه في الحبس.

والاختلاف في هذه الصورة نظير الاختلاف في الوكيل إذا نقد الثمن من ماله وقبض المشتري، كان له أن يحبسه عن الموكل حتى يستوفي الثمن، وبنفس القبض وقع المبيع في يد الموكل؛ لأن يد الوكيل يد الموكّل قبل إحداث الحبس، ولم يبطل حقه في الحبس عندنا؛ لأنه مضطر في وقوع المشتري في هذا اليد؛ لأنه لا يمكنه القبض على وجهٍ لا يقع في يده، فلم يبطل حقه في الحبس عندهم وبطل في قول زفر رحمه الله، كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع فإنه لا يبطل حق البائع في الحبس وإن حصل في يد المشتري؛ لأنه حصل بغير رضاه، هذا كله من «الذخيرة».

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَى البَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضُهُمْ قَدْ مَاتَ فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ فَلَهُ الأَجْرُ بِحِسَابِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ العِوَضَ بِقَدْرِهِ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فُلَانٍ بِالبَصْرَةِ وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ) هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

فصلٌ

قوله: وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ، وهذا هو اختيار الفقيه أبي جعفر فقال: ومعنى المسألة أن يكونوا معلومين حتى يكون الأجر مقابلًا لحملتهم ونقل مؤنتهم بنقصان عددهم، فأما إذا كان لا يُعلم يجب جميع الأجرة، هكذا حُكي عن الهندواني رحمه الله.

وعن الفضليّ: إذا استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد إن كان قال: استأجرتُ منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الأجر بالذهاب، وإن قال: استأجرتُ حتى أحمل من القرية لا يجب شيئًا؛ لأن الإجارة إنما كانت بشرط الحمل لا غير، وأمّا في الأولى فكان العقد على شيئين: على الذهاب إلى ذلك الموضع، والحمل منه إلى هاهنا، وقد ذهب إلى ذلك الموضع فقد استوفى بعض المعقود عليه فيجبُ الأجر بحصته، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للتمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فُلَانٍ بِالبَصْرَةِ وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، قيَّد بالذهاب بالكتاب

....

ليشير به إلى أن هذا الحكم فيما إذا استأجره بالذهاب بشيءٍ ليس له حمل ومؤنة، حتى لو استأجره بالذهاب بالطعام والمسألة بحالها فلا أجر له بالاتفاق على ما ذكر في الكتاب.

وقيَّد بالمجيء بالجواب؛ لأنه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمَّة فيما إذا كان ميتًا أو غائبًا فإنه يستحق الأجر كاملًا، وأمَّا إذا ردَّ فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله له أجر الذهاب.

وقيَّد بأنه ذهب، أي: ذهب بالكتاب؛ لأنه لو ذهب إلى فلان بالبصرة ولكن لم يذهب بالكتاب فلا أجر له باتفاق.

وقيَّد بأنه وجده ميتًا؛ لأنه إذا لم يجده ميتًا فدفع إلى فلان بالبصرة وأتى بالجواب فله الأجر كاملًا؛ لأنه أوفى جميع المعقود عليه؛ ولأنه لو كان المكتوب إليه غائبًا فدفعه إلى آخر ليدفعه إليه، أو دفع إلى المكتوب إليه ولم يقرأ ورجع بغير جواب فله أجر الذهاب؛ لأنه كان مستأجرًا لإيصال الكتاب وللمجيء بالجواب فقد وجد الإيصال بقدر الإمكان ولم يوجد المجيء بالجواب فيجب أجر الإيصال.

وقيَّد باستئجار الرجل بتبليغ الكتاب؛ لأنه لو استأجر لتبليغ رسالته إلى فلان بالبصرة فذهبَ الرجل ولم يجد المرسل إليه، أو وجده إلا أنه لم يبلغه الرسالة ورجع أن له الأجرة بالإجماع.

وقيَّد بأنه رد؛ لأنه لو ترك الكتاب ثمَّة ولم يرد إلى المرسل يستحق أجر الذهاب في قولهم بالإجماع على ما ذكر في الكتاب، وهذه قيود ستة في هذه المسألة استفيدت من «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

ثم الفرق بين الرسالة والكتاب على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ففي الكتاب لمَّا ردَّه فقد نقض ما فعل؛ لأنه غير مأذون بالرد لا نصًّا ولا دلالةً، فصار كما لو أمره بالترك هناك وهو قد ردَّه، وإنما قلنا أنه غير مأذون بالردِّ نصًّا ولا دلالةً، أمَّا نصًّا فظاهر، وأمَّا دلالةً لأنه لو ثبتَ دلالة إنما يثبت باعتبار أن للكاتب فيه سرًّا، ولا يطلع عليه غير المكتوب

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ الأَجْرُ فِي الذَّهَابِ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ المَسَافَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنَ المَشَقَّةِ دُونَ حَمْلِ الكِتَابِ لِخِفَّةِ مُؤْنَتِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَقْلُ الكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المَقْصُودُ أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ العِلْمُ بِمَا فِي الكِتَابِ وَلَكِنَّ الحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ وَقَدْ نَقَضَهُ فَيَسْقُطُ الأَجْرُ كَمَا فِي الطَّعَامِ، وَهِيَ المَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِي هَذِهِ المَسْأَلَةَ.

(وَإِنْ تَرَكَ الكِتَابَ فِي ذَلِكَ المَكَانِ وَعَادَ يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ بِالذَّهَابِ بِالإِجْمَاعِ)؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لَمْ يُنْتَقَضْ. (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَى فُلَانٍ بِالبَصْرَةِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ

إليه وذلك في الكتاب لا يصح؛ وذلك لأن الكتاب لا يخلو: إمَّا أن كان مختومًا أو غير مختوم، ففي المختوم لا يفتحه غيره فلا يطلع عليه أحد غير المكتوب إليه، وإن لم يكن مختومًا لا يكون فيه سرّ، وأمَّا الرسالة فلا تخلو عن الأسرار، وما اختار الرِّسالة على الكتاب إلا لستر سرّه عن غير الرسول والمرسل إليه، فكان الستر مقصودًا فيها، فكذلك إذا وهبَ ولم يجد فلانـًا يستحق الأجر، وأمَّا التبليغ في الكتاب فيمكن بقدر الإمكان بأن يترك الكتاب ثمَّة، ولمَّا لم يفعل لم يستحق الأجر، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ المَسَافَةِ، لا يقال: لمَّا عادَ في الكتاب فقد نقض العمل، لأنَّا نقول: إن حمل الكتاب لس بمتقوّم فإنه ليس له حمل ومؤنة، فلا يصير بردِّه ناقضًا، بخلاف ما لو استأجر ليحمل طعامه إلى فلان فوجد المحمول إليه ميتًا، فعاد بالطعام حيث يسقط الأجر؛ لأن الأجرة تجب مقابلًا بوصف يحدثه في الطعام، وهو صيرورته محمولًا، وهذا وصفٌ مقصودٌ فإن القيمة تزداد به، بخلاف الكتاب، كذا في «الإيضاح».

قوله: أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ، أي: إلى المقصود.

قوله: وَقَدْ نَقَضَهُ، أمَّا حقيقةً فظاهر، وأمَّا اعتبارًا فلأن ترك الكتاب ثمَّة مفيد؛ لأنه ربَّما يصل إلى يد ورثته فينتفعون به أو الكاتب ينتفع به، فإذا ردَّه فقد فوَّت ما هو المقصود

فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ تَسْلِيمَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ حَمْلُ الطَّعَامِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَاكَ قَطْعُ المَسَافَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بالإجارة فيكون ناقضًا للعمل اعتبارًا، كذا في «شروط الإمام المرغينانِي» رحمه الله، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الإِجَارَةِ وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّوَرِ وَالحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا)؛ لِأَنَّ العَمَلَ المُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَى فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَأَنَّهُ لا يَتَفَاوَتُ فَصَحَّ العَقْدُ (وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ) لِلْإِطْلَاقِ.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافًا فيها

لمَّا ذكر مقدمات الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها، وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز.

قوله: لِأَنَّ العَمَلَ المُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَى؛ لأن الدار إنما تستأجر للسكنى وتبنى لذلك، ألا ترى أنَّها تسمَّى مسكنًا، والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص، وله أن يسكنها ويُسكنها من شاء؛ لأن السكنى لا يتفاوت فيها الناسُ؛ ولأن سكناه لا تكون إلا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبيٍّ، وكثرة الساكنين في الدار لا يضر بها بل يزيد في عمارتها؛ لأن خراب المسكن بأن لا يسكنه أحد، وله أن يصنع فيها ما بدا له من الثياب والمتاع والحيوان؛ لأن سكناه لا يتم إلا بذلك، ويعمل فيها ما بدا له من الأعمال يعني الوضوء، وغسل الثياب، وكسر الحطب وغيرها؛ لأن هذه الأعمال من توابع السكنى ما خلا الرّحى أن ينصب فيه، أو الحداد، أو القصار، كذا في «المبسوط».

وقوله: وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ، صورة المسألة وجوابها، **وقوله:** لِلْإِطْلَاقِ، دليلها، أي: يجوز له أن يعمل فيها كل شيء؛ لأنه أطلق السكنى ولم يقيدها بشيءٍ، فيتناولُ جميع ما يتم به السكنى من الأعمال، وهذا الإطلاق يتناول اتخاذ الدواب وغيره.

(إِلَّا أَنَّهُ لا يُسْكِنُ حَدَّادًا وَلا قَصَّارًا وَلا طَحَّانًا؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا)؛ لِأَنَّهُ يُوهِنُ

وذكر في «المبسوط»، و«الذخيرة» بعد ما قال: وأن يربط فيها دوابَّه، هذا إنما يكون له ولاية ربط الدواب فيها إذا كان فيها موضعٌ مُعَدٌّ لربط الدواب وهو المَرْبط، فأمَّا إذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب، وما ذكر في الكتاب يعني ربطُ الدواب فهو بناء على عرف ديارهم؛ لأن في عرف ديارهم المَرْبط يكون في الدار لسعة دُوَرهم، وأمَّا في ديارنا فبخلافه؛ لأن المنازل ببُخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف يتسع لإدخال الدَّواب فيها، وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يُسْكِنُ حَدَّادًا وَلا قَصَّارًا، ولفظ: لا يَسْكِنُ، بفتح الياء من السكنى لا من الإسكان، وانتصاب: حَدَّادًا، و: قَصَّارًا، و: طَحَّانًا، على الحال، هكذا كان معربـًا بإعراب شيخي رحمه الله.

ولكن لفظ «الذخيرة» يدل على صحة الوجهين حيث قال: فلو أنه أقعد فيه قصَّارًا أو حدَّادًا أو عمل ذلك بنفسه على ما يذكر، كنتُ كتبتُ هكذا توهّمًا واعتمادًا على قيد شيخي رحمه الله، فإنه أعْرَب بفتح الياء في: لا يَسْكِنُ، ثم وجدتُ في «المعرب» المهملة العين ما يؤيّد لما ذكرتُ مصرحًا فيه فقال: وقوله: استأجر بيتًا على أن يقعُدَ فيه قصَّارًا، الصوابُ فتح الياء، وانتصاب قصارًا على الحال من ضمير الفاعل المستكن في يقعد، ثم قال: ويدل على هذا قوله: فإن قعد حدَّادًا هل لصاحب الدار أن يمنعه؟ وأظهرُ من هذا قوله: فإن عمل فيه قصَّارًا أو حدَّادًا هل عليه الأجر؟ ولا يعتبر بما في إجارة الرقيق من قوله: وليس له أن يقعده خياطـًا، فإن ذلك مثل قوله: رجلان استأجرا حانوتـًا يعملان فيه بأنفسهما، فاستعمل أحدهما أجيرًا فأقعده معهما وهما متغايران فتأمَّل، هذا كله من «المعرب» الذي ذكرتُه.

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر قوله: ما خلا الرحى، المراد رحى الماء، أو رحى الثَّور، وأمَّا رحى اليد فلا يمنع من أن ينصب فيه؛ لأن هذا لا يضر بالبناء، وهذا من توابع السكنى في العادة، والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقًّا للمستأجر بمطلق العقد له، وعلى هذا كسرُ الحطب القدر المعتاد منه لا يوهن البناء، فإن زادَ

البِنَاءَ فَيَتَقَيَّدُ العَقْدُ بِمَا وَرَاءَهَا دَلَالَةً.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ)؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا (وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الشُّرْبُ وَالطَّرِيقُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ الإِجَارَةَ تُعْقَدُ لِلانْتِفَاعِ، وَلا انْتِفَاعَ

على ذلك وكان بحيث يُوهن البناء فليس له أن يفعل إلا برضى صاحب الدار.

وذكر في «الذخيرة»: ورحى اليد إذا كان يضر بالبناء يمنع منه، وإن كان لا يُضر بالبناء لا يمنع منه، هكذا اختاره شمس الأئمة الحلواني رحمه الله، وعليه الفتوى، ثم قال:

فلو أنه أقعد فيها حدادًا أو قصارًا أو عمل ذلك بنفسه فانهدم شيئًا من البناء ضمن قيمة ذلك؛ لأن انهدامه بأثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى؛ لأن مجرد السكنى لا يؤثر في الانهدام فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصارة، وإنَّها ليست بداخلة تحت العقد فيكون متعديًا فيها فيضمن ما تلف بها، ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، وإن لم ينهدم شيء من البناء من عمل الحدادة والقصارة لا يجب الأجر قياسًا؛ لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد، ألا ترى أنه كان سبب الضمان، فإذا لم يكن داخلًا تحت العقد صار الحالُ فيه بعد العقد والحال قبل العقد سواءً، ويجب الأجر المسمى استحسانـًا؛ لأن المعقود عليه السكنى وفي الحدادة سكنى وزيادة فقد استوفى المعقود عليه وزيادة، فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل أحد عشر وسلمت الدابة فهناك يجب الأجر كذلك هاهنا.

فإن اختلف الآجر والمستأجر في ذلك فقال المستأجر: استأجرتُ للحدادة، وقال الآجرُ: أجرتَ للسكنى دون الحدادة، فالقول قول الآجر؛ لأنه لو أنكر الإجارة أصلًا كان القولُ قوله، فكذا إذا أنكر الإجارة في نوع دون نوع، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر؛ لأن المستأجر يثبت زيادة شرط، ولفظ الأجر وإن كان لم يستحسنه في هذا الموضع صاحب «المعرب»، ولكن لفظ صاحب «الذخيرة» كان به، فأوردته بلفظه.

قوله: وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الشُّرْبُ وَالطَّرِيقُ، وهذه من مسائل «الجامع الصغير».

فِي الحَالِ إِلَّا بِهِمَا فَيَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ العَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ مِلْكُ الرَّقَبَةِ لا الِانْتِفَاعُ فِي الحَالِ، حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُ الجَحْشِ وَالأَرْضِ السَّبْخَةِ دُونَ الإِجَارَةِ فَلَا يَدْخُلَانِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الحُقُوقِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ (وَلا يَصِحُّ العَقْدُ حَتَّى يُسَمِّيَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا)؛ لِأَنَّهَا قَدْ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا وَمَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ كَيْ لا تَقَعَ المُنَازَعَةُ (أَوْ يَقُولَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الخِيَرَةَ إِلَيْهِ ارْتَفَعَتِ الجَهَالَةُ المُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ، يعني لا يدخلان في البيع إلا بالذكر وهو أن يقول: بحقوقها ومرافقها.

قوله: حَتَّى يُسَمِّيَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا، بفتح الياء على بناء الفاعل.

قوله: وَمَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ، بضم الياء على بناء المفعول، ولفظ «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله وغيره: إذا استأجر أرضـًا، ولم يذكر أنه يزرعها، أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة، وهو أبين للمراد.

ثم لم يذكر في الكتاب: فإن زرع نوعًا من أنواع الحبوب من الحنطة والشعير والذرَّة وغيرها ومضت مدة الإجارة ما حكمه؟

فذكر في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: أنه إذا زرعها نوعًا من هذه الأنواع ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز، كما لو اشترى بخمر أو خنزير، وفي الاستحسان يجب المسمَّى وينقلبُ العقد جائزًا؛ لأن المعقود عليه صار معلومًا بالاستعمال؛ وذلك لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والفساد كان لأجل الجهالة، فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جائزًا.

وكذا إذا استأجر ثوبًا للبس ولم يعين اللابس لا يجوز؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس، فإن عيَّن اللابس بعد ذلك يجوز استحسانـًا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ السَّاحَةَ؛ لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ؛ لِيَغْرِسَ فِيهَا نَخْلًا أَوْ شَجَرًا)؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ تُقْصَدُ بِالأَرَاضِي (ثُمَّ إذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ البِنَاءَ وَالغَرْسَ وَيُسَلِّمَهَا إلَيْهِ فَارِغَةً)؛ لِأَنَّهُ لا نِهَايَةَ لَهُمَا وَفِي إبْقَائِهِمَا إضْرَارًا بِصَاحِبِ الأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إذَا انْقَضَتِ المُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ المِثْلِ إلَى زَمَانِ الإِدْرَاكِ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً فَأَمْكَنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ.

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ السَّاحَةَ، بالحاء المهملة، وهي الأرض الخالية من البناء والشجر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا انْقَضَتِ المُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ المِثْلِ، فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وهو ما إذا كان انتقاض عقد الإجارة بانتهاء مدَّتها يجب أجر المثل إذا ترك الزرع إلى أن يستحصد، وبين ما إذا كان انتقاض عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين، فإن هناك يترك الزرع إلى أن يستحصد من غير إيجاب شيءٍ، بل المسمى في أوَّل العقد هو الذي يجبُ وفي كلتي الصورتين انفسخت الإجارة؟

قلتُ: في الصورة الأولى: وهي ما إذا كان انفساخ الإجارة بسبب انتهاء مدتها كانت الحاجةُ إلى الانعقاد؛ لأنه لم يكن في حالة الترك تسمية فينعقد بأجر المثل؛ وذلك لأن ابتداء الزراعة وقع لحق، ولو أمرناه بالقلع أضررناه فتركناه لذلك في يده بأجر المثل رعاية للجانبين، وأبقينا عقد الإجارة لمكان الضرورة، بخلاف الغاصب إذا زرع فإنه يؤمر بالقلع؛ لأن ابتداء الفعل وقع ظلماً، والظلم يجب اعدامُه لا تقريره.

وفي الصورة الثانية: وهي في موت أحد المتعاقدين الحاجة إلى إبقاء الإجارة، فتبقى بما كان مسمًّى في العقد؛ وذلك لأن الباقي حكم ذلك العقد وذلك العقد يستدعي أن يكون مضمونًا بالمسمَّى، كذا في «الإيضاح»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: فَأَمْكَنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ؛ لأنَّا لو قلنا بقلع زرعه كان فيه إضرارٌ بالمستأجر في إبطال ملكه، ولو تركت في يد المستأجر بغير أجر كان فيه إبطال حق صاحب الأرض عن منفعة

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكَهُ فَلَهُ ذَلِكَ) وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ تَنْقُصَ الأَرْضُ بِقَلْعِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَاهُ.

قَالَ: (أَوْ يَرْضَى بِتَرْكِهِ عَلَى حَالِهِ فَيَكُونَ البِنَاءُ لِهَذَا وَالأَرْضُ لِهَذَا)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ فَلَهُ أَنْ لا يَسْتَوْفِيَهُ.

قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ، وَفِي الأَرْضِ رُطَبَةٌ فَإِنَّهَا

ملكه مجانًا، وهو لا يجوز بغير رضاه، وإنما يعتدل النظر من الجانبين إذا ترك الزرع إلى وقت الإدراك بأجر المثل، وحاصل ذلك أن في حق البناء والغرس اتحد الجواب في الصور الثلاث وهي: الغصب، والعارية، والإجارة، فإن الجواب فيها كلها واحدٌ، وهو أنه يجب على الغاصب والمستعير والمستأجر قلعُ بنائهم وغرسهم وتسليم الأرض إلى صاحبها؛ لأنه لا نهاية لها، فيرجح جانب صاحب الأرض؛ لأنه صاحب أصل، فأمَّا في الزرع فاختلف الجوابُ فيها، ففي الغصب يلزم على الغاصب قلعُ الزرع في الحال من غير نظر إلى الاستحصاد؛ لأن الغاصب مُتعدٍ في الزراعة في الابتداء، فلا يستحق بفعل التعدي إبقاء زرعه لا بالأجر ولا بغير الأجر قياسًا واستحسانًا.

وفي الإجارة يُترك بأجر المثل إلى وقت الاستحصاد قياسًا واستحسانًا، وفي العارية فيما إذا أعار الأرض ليزرعها ووقت لذلك وقتًا أو لم يوقت، فلمَّا تقارب حصاده أراد أن يقلع زرعه ففي القياس له ذلك كما في البناء والغرس؛ وهذا لأن الزارع زرع الأرض من غير حق لازم له فيها، فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كغاصب الأرض إذا زرعها، ولكن في الاستحسان لا يأخذها صاحبها إلى أن يحصد المستعير زرعها؛ لأنه ما كان متعديًا في الزراعة بجهة العارية، ولإدراك الزرع نهايةٌ معلومةٌ فيترك في يده، قالوا: وينبغي أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد؛ لأن فيه النظر من الجانبين على ما ذكرنا، هذا كله ممَّا أشار إليه في عارية «المبسوط».

تُقْلَعُ)؛ لِأَنَّ الرِّطَابَ لا نِهَايَةَ لَهَا فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالحَمْلِ)؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ مَعْهُودَةٌ (فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ) عَمَلًا بِالإِطْلَاقِ. وَلَكِنْ إذَا رَكِبَ بِنَفْسِهِ أَوْ أَرْكَبَ وَاحِدًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنَ الأَصْلِ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَصَّ عَلَى رُكُوبِهِ (وَكَذَلِكَ إذَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلُّبْسِ

قوله: لِأَنَّ الرِّطَابَ لا نِهَايَةَ لَهَا؛ لأنَّها تستنبت أبدًا.

قوله: فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ عَمَلًا بِالإِطْلَاقِ، فإن قلتَ: ذكر في «المبسوط» في باب إجارة المتاع: وإن كان استأجر ثوبًا ليلبس يومًا إلى الليل ولم يسم من يلبسه، فالعقد فاسدٌ لجهالة المعقود عليه، فإن اللبس يختلف باختلاف اللابس، ثم قال: وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها، أو للعمل ولم يسم ما يعمل عليها، يعني تفسد الإجارة.

وكذلك ذكر في «الذخيرة»، و«المغني»، و«شرح الطحاوي» وقال: وإذا استأجر دابة للحمل أو الركوب ولم يبين ماذا يحمل ومن يركب لا يحكم بجواز الإجارة، وكذلك ذكر في «شرح الأقطع» وقال: وإذا وقع العقد على أن يركب من شاء يجوز؛ لأنه لو أطلق الركوبَ فالعقد فاسد؛ لأنه ربَّما يختلف اختلافًا فاحشًا فصار كالجنسين، فيكون المعقود عليه مجهولًا حينئذٍ فلا يصح.

وذكر في الكتاب الجواز في صورة إطلاق الركوب، فما وجه التوفيق بين الروايتين؟

قلتُ: قد وجدتُ بخط شيخي رحمه الله مكتوبًا بهذا، ووجه التوفيق ما ذكره في إجارات «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها فسدت الإجارة، فإن لم تنقض الإجارةُ حتى حُمل عليها شيئًا جازت الإجارة، ويصير كأنه استأجرها لذلك ابتداءً، وكذا لو لم يحمل عليها ولكنه ركبَها أو أركبَ غيره جازت الإجارة أيضًا؛ لأن الحمل

وَأَطْلَقَ جَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا) لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي اللُّبْسِ (وَإِنْ قَالَ: عَلَى أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فُلَانٌ فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ أَوْ أَلْبَسَهُ غَيْرَهُ فَعَطِبَ كَانَ ضَامِنًا)؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ فَصَحَّ التَّعْيِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ لِمَا ذَكَرْنَا. فَأَمَّا الْعَقَارُ وَمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إِذَا شَرَطَ سُكْنَى وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ

يتناول الركوبَ، قال الله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ إِذَا مَآ أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ﴾ [التوبة: ٩٢]، فلو أنه حمل عليها أو ركبها حتى جازت الإجارةُ يصير كأن العقد وردَ عليها، فعلى هذا كان ما ذكره في الكتاب محمولًا على آخر الأحوال، فكان معنى قوله: فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ، أي: لو أركبه ينقلب إلى الجواز بعد ما وقع العقد فاسدًا، أو المراد منه ما هو المذكور في «شرح الأقطع» كما ذكرنا، فكان معنى قوله: فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ، أي: قال المؤجر للمستأجر: أجرتُك هذه الدابة للركوب على أن تركب عليها من شئت، والأوجهُ فيه أن يقال: ما ذكره من الفساد هو جواب القياس، أي: ابتداءً، وما ذكره من الجواز فهو جوابُ الاستحسان عند تعيُّن الراكب بقاءً، وهو المشار إليه في «المبسوط» فإنه ذكر فيه بعد ما ذكر: فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن صاحب الثوب يطالبُه بإلباس أرفق الناس في اللبس والمستأجرُ يأبَى، ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية، ثم قال:

وإن لبسه هو، أو أعطاه لغيره فلبسه إلى الليل فهو جائز، وعليه الأجر المسمى استحسانـًا، وفي القياس عليه أجر المثل، وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها، أو للعمل ولم يسمِّ ما يعمل عليها فعمل عليها إلى الليل فعليه المسمى استحسانـًا، وفي القياس عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد.

وجه الاستحسان أن المفسد هو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال، وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد، وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء، ولا ضمان عليه

مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ الَّذِي يَضُرُّ بِالبِنَاءِ، وَالَّذِي يَضُرُّ بِالبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِنْ سَمَّى نَوْعًا وَقَدْرًا مَعْلُومًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ خَمْسَةُ أَقْفِزَةِ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ أَوْ أَقَلُّ كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ)؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، أَوْ لِكَوْنِهِ خَيْرًا مِنَ الأَوَّلِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِنَ الحِنْطَةِ كَالمِلْحِ وَالحَدِيدِ) لِانْعِدَامِ الرِّضَا فِيهِ.

إن ضاع منه؛ لأنه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره، بخلاف ما إذا استأجره ليلبس هو بنفسه ثم ألبسه غيره يضمن؛ لأنه صار مخالفًا بإلباس غيره بعد تعيّنه هذا اللبس بتسمية نفسه في العقد.

قوله: وَالَّذِي يَضُرُّ بِالبِنَاءِ - كالقصارة والحدادة - خَارِجٌ، أي: الذي يضر بالبناء غير داخل تحت مطلق استئجار الدار للسكنى، فلذلك قلنا: إذا استأجر الدار للسكنى ليس له أن يقعد فيها حدادًا أو قصارًا؛ لأن ذلك خارج عن مطلق السكنى.

وقوله: عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يُسْكِنُ حَدَّادًا.

قوله: فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ أَوْ أَقَلُّ كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ، هذا لف ونشر، فإن الشعير ينصرف إلى المثل، والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن، هذا جواب الاستحسان، وأمّا لو سمي مقدارًا من الحنطة وزنًا فحمل مثل الوزن من الشعير ضمن، وقد بينا نظير هذا في العارية، وشرح هذا ما ذكره في عارية «المبسوط» وقال: هذه المسألة على أربعة أوجه:

أحدها: أن يحمل عليها غير ما عينه المالك، ولكن مثل ما عينه في الضَّرر على الدابة من جنسها، بأن استعار ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمانَ عليه؛ لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مقيدًا، وهذا التقييد والتعيين لا يفيد شيئًا فإن حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواءٌ.

(وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَّاهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا)؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ أَضَرَّ بِالدَّابَّةِ فَإِنَّ الحَدِيدَ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ ظَهْرِهَا وَالقُطْنُ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِهَا.

والثاني: أن يخالف في الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير في القياس يكون ضامنًا؛ لأنه مخالف، فإن عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه، وفي الاستحسان لا يكون ضامنًا؛ لأنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة، فإن مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون أخف على الدابة، وقد بيَّنا أنه إنَّما يعتبر من تقييد ما يكون مفيدًا دون ما لا يفيد شيئًا، حتى قيل: لو سمي مقدارًا من الحنطة وزنًا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر ممَّا تأخذه الحنطة، فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبًا أو تبنًا، وأمَّا مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها أكثر مما تأخذ الحنطة.

ولكن ذكر في «الذخيرة» في هذا أيضًا عدم الضمان فقال: وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في «شرحه» أنه لا يضمن استحسانًا، ثم قال: وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنًا؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ الحنطة، فكان داخلًا تحت الإذن، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله.

ثم قال في «المبسوط»:

والثالث: أن يخالف إلى ما هو أضر على الدابة، بأن استعار ليحمل عليها حنطةً فحمل عليها حديدًا أو آجرًا مثل وزن الحنطة فهو ضامن إيَّاها؛ لأن هذا يجتمع في موضع واحدٍ فيدق ظهر الدابة، وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنًا؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما تأخذُ الحنطة فكان أضر عليها من وجه، كما لو حمل عليها حطبًا أو تبنًا.

والرابع: أن يخالف في القدر بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها خمسة عشر مختومًا فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها؛ لأنه في مقدار عشرة مخاتيم

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا

موافق؛ لأنه حامل بإذن المالك، وفيما زاد على ذلك حامل بغير إذنه، فيعتبر الجزء بالكل ويتوزّع الضمانُ على ذلك.

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا، أي: مع تمام الأجر إذا كان هلاك الدابة بعد البلوغ إلى مقصد المستأجر، ثمَّ للمالك الخيار في ذلك إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الغير، فإن ضمن المستأجر لا يرجع على ذلك الغير مستأجرًا كان أو مستعيرًا، وإن ضمن ذلك الغير رجع هو على المستأجر إن كان ذلك الغير مستأجرًا، وإن كان مستعيرًا لا يرجع عليه، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

فإن قلتَ: هاهنا شبهان واردتان:

إحداهما: أنه ذكر في «المبسوط» في باب إجارة الدواب فقال: الأجر والضمان لا يجتمعان، فما في موضع من المخالفة لا يصير ضامنًا يجب الأجر، وفيما لم يجب عليه الأجر كان ضامنًا، وهاهنا وجب عليه الأجر ونصف الضمان فكانا مجتمعين.

والثانية: هي أنه استأجرها ليركبها بنفسه، وفي مثله لو أركب غيره يجبُ عليه ضمان كل القيمة، وهاهنا وجد إركابُ الغير في الاستئجار كركوب نفسه مع ركوبه بنفسه، فركوبه بنفسه إن لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الإركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمانٍ منه؛ وذلك لأنه لمَّا ضمن عليه كل القيمة عند إركاب غيره منفردًا، فإذا ركبها معه أَوْلَى أن يضمن كل القيمة؛ لأن الضرر على الدابة هاهنا أكثر، والضمان يدور مع زيادة الضرر إذا لم يكن مأذونًا فيها.

قلتُ: أمَّا الجواب عن المسألة الأولى: فهو إنما ينتفي الأجر عند وجوب الضمان؛ لأنه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا أجر عليه في ملكه، وهاهنا لا يملك شيئًا بهذا الضمان ممَّا شغله بركوب نفسه، وجميعُ المسمَّى بمقابلة ذلك، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه، والمعنى ما بيَّنا أن الضرر على الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته، فلهذا يُوزّع الضمان نصفين، وهذا هو الجواب عما سُئل بقوله: فإن

وَلَا مُعْتَبَرَ بِالثِّقَلِ)؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْقِرُهَا جَهْلُ الرَّاكِبِ الْخَفِيفِ وَيَخِفُّ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لِعِلْمِهِ بِالفُرُوسِيَّةِ، وَلِأَنَّ الآدَمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ فَلَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ الوَزْنِ

قيل: حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة قد ملك نصف الدابة من حين ضمن، فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر.

وأمَّا الجواب عن الثانية: أنه إذا حمل عليها غيره فهو مخالف في الكل، وإذا ركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره، ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره، ووجب الأجر إذا ركبها وحمل مع نفسه غيره، كذا في «المبسوط» بعضه في الإجارة، وبعضه في العارية.

وفيه أيضـاً: وهذا إذا كانت الدابة تطيق حمل رجلين، وإن كان يعلم أنَّها لا تطيق ذلك فهو متلفٌ لها ضامنٌ لجميع قيمتها.

ثم إنما قيَّد في مسألة الكتاب **بقوله**: أَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا؛ لأنه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة، وإن كانت الدابة تطيق لأن يركب عليها مع آخر؛ لأن ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحدٍ فيكون أشق على الدابة، أمَّا إذا كانت لا تطيق ذلك فيجب جميع الضمان في الأحوال كلها، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلِأَنَّ الآدَمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ، إلى أن قال: فَاعْتُبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ، هذا احتراز عن غير الآدمي مثل الحنطة ونحوها، فإن الاعتبار هناك للثقل حتى يتوزع الضمان بحسب الثقل على ما يجيء في المسألة التي تلي هذه المسألة **بقوله**: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ، وقد ذكرنا بيان ذلك قبيل هذا في الوجه الرابع من وجوه المخالفة.

ثم الفقه في اعتبار عدد الرَّاكب في الآدمي لا الثقل، هو أن الآدمي مخصوص بعلم الفروسية، فلا يضر الراكب الثقيل بالدابة لعلمه بالفروسية، ويضر الراكب الخفيف بها لعدم علمه بالفروسية، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا الذي ذكره من الجواب فيما إذا أردف مثله، وأمَّا إذا أردف صبيًّا يضمن بقدر ثقله، لكن هذا في الصبي الذي

فَاعْتُبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كَعَدَدِ الجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ)؛ لِأَنَّهَا عَطِبَتْ بِمَا هُوَ مَأْذُونٌ فِيهِ وَمَا هُوَ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَالسَّبَبُ الثِّقَلُ فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا (إِلَّا إِذَا كَانَ حَمْلًا لا يُطِيقُهُ مِثْلُ تِلْكَ الدَّابَّةِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ كُلَّ قِيمَتِهَا) لِعَدَمِ الإِذْنِ فِيهَا أَصْلًا لِخُرُوجِهِ عَنِ العَادَةِ.

لا يستمسك بنفسه، فكان مثله بمنزلة الحمل، كذا في «التتمَّة».

قوله: كَعَدَدِ الجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ، أي: يعتبر عدد الجناة، هي جمع الجانِي كالبغاة في جمع الباغي، لا عدد الجنايات، حتى إذا جرح رجلٌ رجلًا جراحةً واحدةً والآخر عشر جراحات خطأ فماتَ فالدية بينهما أنصافًا؛ لأن رب جراحة واحدة كانت أكثر تأثيرًا من عشر جراحات، فكذلك هاهنا سقط اعتبار الثقل لما ذكرنا، واعتبر عدد الراكب.

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ، إلى أن قال: فَعَطِبَتْ ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ، بيانه ما ذكرناه، وهو أنه إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخايتم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختومًا فهلكت، فهو ضامن ثلثَ قيمتها؛ لأنه في مقدار عشرة مخاتيم موافق؛ لأنه حامل بإذن المالك، وفيما زاد على ذلك حامل بغير إذنه فيتوزع الضمان على ذلك.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما لو استأجر ثورًا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختومًا فهلك فإنه يضمن جميع قيمته؟

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الطحن يكون شيئًا فشيئًا، فكما طحنَ عشرة مخاتيم انتهى إذن المالك، فبعد ذلك هو في الطحن مخالفٌ في جميع الدابة مستعمل لها بغير إذن مالكها فيضمن جميع قيمتها، وأمَّا الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها بإذن المالك، وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك، كذا في «المبسوط».

وعن هذا قال في «المغني» في مسألة الحنطة التي زاد الحمل على المسمَّى: هذا

قَالَ: (وَإِنْ كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ -رَحِمَهُ اللهُ-.

الجواب الذي ذكر في الكتاب فيما إذا حمل عليها أحد عشر مختومًا دفعةً واحدةً، وأمَّا إذا حمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ثم حمل عليها مختومًا وعطبت الدابة يضمن قيمتها بتمامها، كما في مسألة الطحن.

فإن قلتَ: في قوله: ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ، يحتاج إلى فرق آخر بينهما وبين مسألة أخرى، وهو أنه اعتبر بما زاد الثقل فيما إذا كان المزيد والمزيد عليه من جنس المسمى كما في مخاتيم الحنطة على ما ذكرنا، ولم يعتبر الثقل فيما إذا لم يكن المزيد من جنس المسمَّى، فإنه إذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيرًا بكيل معلوم فحمل عليها حنطةً بمثل ذلك الكيل ضمن جميع قيمتها؛ لأن الحنطة بمثل كيل الشعير يكون أثقل على الدابة من الشعير فيكون ضررُها أكثر، فما وجه الفرق بينهما مع أن في كلتا الصورتين كانت الزيادة أضرّ على الدابة؟

قلتُ: الفرق بينهما ظاهر وهو أن المزيد والمزيد عليه إذا كانا من جنس واحد كانا في حق حمل المزيد عليه مأذونـًا، وفي حق حمل المزيد غير مأذون، فلا يضمن لما أذن فيه ويضمن لما لم يؤذن، فأمَّا إذا كانت زيادة الثقل من غير جنس المسمى كانت المخالفة في الجميع فيضمن أيضـًا جميع القيمة، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

وذكر في «الإيضاح» الفرق بينهما بدليل أوضح من هذا فقال فيه بعد ما ذكر مسألة الحنطة التي زاد على المسمى بحنطة: بخلاف ما إذا استأجر ليحمل قفيزًا من الشعير فحمل قفيزًا من الحنطة، حيث يضمن الكل ولا يضمن قدر الزيادة؛ لأن هناك ما حمل غير داخل تحت العقد فكان مخالفًا، إلا أنا نسقط حكم الخلاف إذا تساويا في الضرر، فإذا لم يتساويا ظهر موجبُ الخلاف فوجب الضمان، وهاهنا الخلاف لم يوجد في قدر ما شرط وإنما وجد في الزيادة فيضمن الزيادة.

ونظيره ما قال أصحابنا في حائط مشترك بين رجلين أثلاثًا فمالَ إلى الطريق فأشهد على أحدهما ثم سقط على إنسان فقتله، فإنه يضمن بقدر نصيبه؛ لأنه مات من ثقل الحائط والثقل أثلاث، ولو وقعت آجره عليه فقتله جرحًا فعليه نصف الدية؛ لأن التلف باعتبار

وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا فَعَلَ فِعْلًا مُتَعَارَفًا)؛ لِأَنَّ المُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ العَقْدِ فَكَانَ حَاصِلًا بِإِذْنِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ إِذْ يَتَحَقَّقُ السَّوْقُ بِدُونِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا لِلْمُبَالَغَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الحِيرَةِ فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيَّةِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الحِيرَةِ ثُمَّ نَفَقَتْ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ العَارِيَّةُ) وَقِيلَ تَأْوِيلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا؛ لِيَنْتَهِيَ العَقْدُ بِالوُصُولِ إِلَى الحِيرَةِ فَلَا يَصِيرُ بِالعَوْدِ مَرْدُودًا إِلَى يَدِ المَالِكِ

الجرح وقليل الجرح وكثيره سواء، ألا ترى أن من جرح إنسانًا جراحة وجرح آخر جراحات كان الضمان نصفين.

كَبح الدَّابَّة باللجام: ردها وهو يجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري.

قوله: لِأَنَّ المُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ العَقْدِ؛ لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وربَّما لا تنقاد الدابة إلا به فيكون الإذن ثابتًا منه بالعرف.

وقوله: كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ، فوجه الإلحاق به من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل لا لغيره؛ وذلك لأنه إن أبيح له الضرب هاهنا إنما أبيح لمنفعة نفسه لا لحق المالك، فإن حق المالك في الأجر يتقرر بدونه، ومثله يتقيد بشرط السلامة كتعزير الزَّوج زوجته، ورمي الرّجل إلى الصَّيد، ومشيه في الطريق، فإن هذا كله مباح شرعـًا ثم يتقيَّد بشرط السلامة، بخلاف ما إذا أذن المالك منه نصًّا فإن بعد الإذن فعله كفعل المالك، كذا في «المبسوط».

وأمَّا الأب إذا ضرب ابنه للتأديب ضربًا يضرب مثله للتأديب، فماتَ من ذلك ضمن الدية والكفارة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمن، وعلى هذا الخلاف الوصي.

الحِيرَة: بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر، وهي على رأس ميل من الكوفة، **وَالقَادِسِيَّة**: موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلًا، كذا في «المغرب».

مَعْنًى. وَأَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُودَعِ إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ. وَقِيلَ لا، بَلِ الجَوَابُ مُجْرًى عَلَى الإِطْلَاقِ. وَالفَرْقُ أَنَّ الْمُودَعَ مَأْمُورٌ بِالحِفْظِ مَقْصُودًا فَبَقِيَ الأَمْرُ بِالحِفْظِ بَعْدَ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَى يَدِ نَائِبِ المَالِكِ، وَفِي الإِجَارَةِ وَالعَارِيَّةِ يَصِيرُ الحِفْظُ مَأْمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلاسْتِعْمَالِ لا مَقْصُودًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الاِسْتِعْمَالُ لَمْ يَبْقَ هُوَ نَائِبًا فَلَا يَبْرَأُ بِالعَوْدِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قوله: وَقِيلَ: الجَوَابُ مُجْرًى عَلَى الإِطْلَاقِ، - وهو أنه يضمن في كل حال - وَالفَرْقُ أَنَّ المُودَعَ مَأْمُورٌ بِالحِفْظِ، إلى آخره، وحاصله أن في الاستعارة والاستئجار الأمر بالحفظ غير منصوص عليه، ولا مصرح به، وإنما يثبت لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع، فإذا جاز بها الحيرة صار غاصبًا إيَّاها، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالردِّ، إمَّا على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك نصًّا، والحفظ في الإيداع منصوص عليه، والأمرُ به مطلق فيتناول كلّ زمان، فإذا عاد إلى الوفاق فقد وجد الردُّ إلى من هو مأمور بالحفظ نصًّا.

فإن قيل: لا كذلك، فإنَّ غاصب الغاصب إذا ردَّ المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين.

قلنا: يريد في المأخذ فيقول: إنما يبرأ بالرد إلى أحد هذين، أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبلُ، والغاصب الأول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَفِي الإِجَارَةِ وَالعَارِيَّةِ يَصِيرُ الحِفْظُ مَأْمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلاسْتِعْمَالِ لا مَقْصُودًا، فإن قلتَ: إلحاق الإجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم؛ لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع، بخلاف المستعير، وكذلك مؤنة الرد على المالك في الإجارة كما في الوديعة، بخلاف الإعارة.

قلتُ: هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطَّعن في جواب الكتاب، ولكنا نقول:

قَالَ: (وَمَنِ اكْتَرَى حِمَارًا بِسَرْجٍ فَنَزَعَ السَّرْجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَاثِلُ الأَوَّلَ تَنَاوَلَهُ إِذْنُ المَالِكِ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَيْهِ فِي الوَزْنِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ (وَإِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الإِذْنُ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ مُخَالِفًا.

رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيدِ نفسه كالمشتري يرجع بضمان المغرور، وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في الثقل، فأمَّا يد المستأجر يد نفسه؛ لأنه هو المنتفع في استمساك العين المستأجر؛ إذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ما له من الأجرة.

فإن قيل: فقد قال في الإجارات: لو أن امرأة استأجرت ثوبًا لتلبسه أيَّامًا فلبست بالليل كانت ضامنة، ثم إذا جاء النهار برئت من الضمان حيث ذكر براءة المستأجر عن الضمان عند الرجوع إلى الوفاق.

قلنا: وجوب الضمان عليها بالاستعمال دون اليد، فإن لها أن تمسكه بالليل والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد بمجيء النهار، وهاهنا وجوب الضمان باعتبار إمساك الدابة بعد المجاوزة، بدليل أنه لو لم يركبها حتى هلكت كان ضامنًا لها، والإمساك باقٍ وإن أعادها إلى الحيرة، ولا يبرأ من الضمان إلا بسبب مبرئ وهو الردُّ إلى يد قائمة مقام يد المالك ولم يوجد، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ، أي: من حيث المنع، أي: لا فائدة في القول بأن هذا مقيَّد بأن لا تسرج بغير هذا السرج الذي عيَّنه صاحب الدابة، إذا كان غير ذلك السرج يماثل السرج الذي عينه المالك، فكان الأولى في اللفظ هاهنا أن يقال: إذ لا فائدة في التقييد بعينه، أي: بعين ذلك السرج الذي عيَّنه المالك، كما قاله الإمام المحبوبي رحمه الله حيث قال: فإن كان أسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمانَ عليه؛ لأنه لا فائدة في تعيين ما عيَّنه من السرج، فإن عينه ومثله في الضرر على الحمار سواءٌ، وهو كما لو استأجر الحمار ليحمل عليه

(وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ) لِمَا قُلْنَا فِي السَّرْجِ، وَهَذَا أَوْلَى (وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَضْمَنُ بِحِسَابِهِ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ كَانَ هُوَ وَالسَّرْجُ سَوَاءٌ فَيَكُونُ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَى السَّرْجِ فِي الوَزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ؛

عشر مخاتيم من حنطة نفسه، فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره.

قوله: وَإِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ - بأن أسرج الحمار بسرج البِرذون فكان هو بمنزلة الإكاف - ضَمِنَ، أي: جميع القيمة.

وفي «الفوائد الظهيريَّة»: ضمن القيمة ولم يذكر فيه خلافًا، ثم قال:

فإن قيل: التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والإكاف؛ لأن السرج جنس واحد، أمَّا الإكاف فمخالف للسرج جنسًا، فيجب أن لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما، كما لو أوكف المسرج لما نبين.

قلنا: التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والإكاف في الصورة والانتفاع المطلوب منهما، أمَّا في حق الإضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الخمر وبين أكف يوكف بها الحُمر أقل من التفاوت بين سرج الحمر وسرج البراذين، والضمان حكم يتعلق بالضرر.

قوله: وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، يعني: اكترى حمارًا بسرج فنزع السرج وأوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر، وذكر هذه المسألة في الإجارات وقال: يضمن بقدر ما زاد، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ومن مشايخنا من قال: ليس في المسألتين اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لم يذكر في «الجامع الصغير» أنه ضامن جميع القيمة ولكنه قال: هو ضامن ولم يبين أيّ قدر يضمن، فكان المطلقُ محمولًا على المقيّد، ومنهم من قال: عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، في رواية الإجارات يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة، قال: شيخ

لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِالزِّيَادَةِ فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الحَمْلِ المُسَمَّى إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الإِكَافَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرْجِ؛ لِأَنَّهُ لِلْحَمْلِ وَالسَّرْجُ لِلرُّكُوبِ، وَكَذَا يَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ مَا لا يَنْبَسِطُ عَلَيْهِ الآخَرُ فَكَانَ مُخَالِفًا كَمَا إِذَا حَمَلَ الحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الحِنْطَةَ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ حَمَّالا لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا فِي طَرِيقٍ كَذَا فَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ غَيْرِهِ يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلَكَ المَتَاعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ) وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَفَاوُتٌ يَضْمَنُ لِصِحَّةِ التَّقْيِيدِ فَإِنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ طَرِيقًا يَسْلُكُهُ النَّاسُ

الإسلام خُواهر زاده رحمه الله: وهو الأصح.

وتكلَّموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن بحسابه، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله، من مشايخنا من قال: المراد هو المساحة، حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها، وقيل: معناه بحسابه في الثقل والخفة، حتَّى إذا كان السرج بوزن منوين والإكاف بوزن سته أمناء يضمن ثلثي قيمتها، وجعلا هذا بمنزلة ما لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختومًا، كذا في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ تَفَاوُتٌ يَضْمَنُ، أي: أمَّا إذا كان التفاوت بين الطرفين يضمن، والتفاوت هو أن يكون الطريق الذي أخذ فيه بالسلوك، أو غزا، أو أبعد، أو أخوف ثم هلك المتاع يضمن، وإن بلغ إليه المتاع مع ذلك فله الأجر لحصول المقصود، كذا ذكره في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ، جواب إشكال يرد على التفصيل وهو أن يقال: إن محمدًا رحمه الله أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس

فَلَمْ يُفَصِّلْ (وَإِنْ كَانَ طَرِيقًا لا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلَكَ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ فَصَارَ مُخَالِفًا (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ)؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلافُ مَعْنًى، وَإِنْ بَقِيَ صُورَةً.

قَالَ: (وَإِنْ حَمَلَهُ فِي البَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فِي البَرِّ ضَمِنَ) لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ البَرِّ وَالبَحْرِ (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ وَارْتِفَاعِ الخِلَافِ مَعْنًى.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا؛ لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً فَزَرَعَهَا رُطَبَةً ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا)؛ لِأَنَّ الرِّطَابَ أَضَرُّ بِالأَرْضِ مِنَ الحِنْطَةِ لِانْتِشَارِ عُرُوقِهَا فِيهَا وَكَثْرَةِ الحَاجَةِ إِلَى سَقْيِهَا فَكَانَ خِلافًا إِلَى شَرٍّ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا (وَلا أَجْرَ لَهُ)؛

ولم يقيّد، فكيف يقيّدها بهذا؟

قوله: وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ، وكذلك في مسألة البحر، وهي المسألة التي تلي هذه المسألة.

فإن قلتَ: كيف اجتمع هاهنا الضمان مع الأجر، وقد ذكرتَ في مسألة الإرداف ناقلًا من «المبسوط»: أنَّ الضمان والأجر لا يجتمعان؟

قلتُ: ليس هذا الذي ذكره هاهنا يجمع بين الضمان والأجر، بل عمل بهما في حالتين مختلفتين، فإن الضمان في حالة عدم التبليغ والأجر في حالة التبليغ؛ ولئن سلمنا أن هذا جمع بينهما لكن مثل هذا الجمع لا بأس به، فإنه ذكر الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولا يبعد أن يضمن عند الهلاك ويلزمُه الأجر عند السلامة، كالعبد المحجور عليه إذا أجر نفسه، فإن تلف في العمل كان المستأجر ضامنًا، وإن سلّم كان له الأجر، فهذا مثله.

قوله: لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ البَرِّ وَالبَحْرِ، حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر، وعن العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه: «أنه كان إذا دفع ماله مضاربة شرط على مضاربه أن لا يركب به بحرًا، وأن لا ينزل به واديًا، وأن لا يشتري ذا كبد»، وقيل: إن راكب البحر دود على عمود.

لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لا يُجَاوَزُ بِهِ دِرْهَمًا) قِيلَ: مَعْنَاهُ

قوله: لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، إشارة إلى ما ذكره من التعليل وهو قوله: لِأَنَّ الرِّطَابَ أَضَرُّ بِالْأَرْضِ مِنَ الحِنْطَةِ، إلى آخره، فلا يكون مستوفيًا ما يتناوله العقد.

فإن قيل: لا كذلك، فإن المعقود عليه منفعة الأرض بالزراعة، وقد استوفى ذلك بزراعة الرطبة ولكنَّه زاد على القدر المستحق عليه، فينبغي أن يجب الأجر عليه؟

قلنا: ضرر الحنطة على الأرض أقل من ضرر الرطبة، فإن الحنطة تزرع في كل سنة والرطبة لا تزرع في كل سنة، ولكنها تنمو في كل سنةٍ إلى أن يبليَ أصلها فكان الجنس مختلفًا، ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيًا للمعقود عليه، ثم لا بدَّ من إيجاب ضمان نقصان الأرض عليه، والأجرُ مع الضمان لا يجتمعان وجوبًا ووجودًا، أو أن يزرع في الأرض ما هو أقل ضررًا بالأرض من الحنطة يجوز ويلزمه الأجر المسمى؛ لأنه خلاف إلى خير فلم يصر به غاصبًا.

قوله: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ، هذا إذا تصادقا على الأجر بخياطة القميص، وإن اختلفا فقال صاحب الثوب: أمرتك أن تخيطه قميصًا، وقال الخياط: لا بل أمرتني أن أخيطه قباءً، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه، فإن حلف فالخيَّاط ضامن، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط؛ لأنه يثبت الإذن في خياطة القباء والوفاء بالمعقود عليه، والأجر في ذمة صاحب الثوب، وهذا إذا اختلفا في العمل، ولو اختلفا في الأجر فالقول فيه قول صاحب الثوب أيضًا؛ لأنه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط؛ لأنَّها تثبت الزيادة.

وقوله: وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لا يُجَاوَزُ بِهِ دِرْهَمًا؛ لأن الخياط موافق في أصل عمل الخياطة، ومن حيث أنه خاطه بوجه يمكنه لبسه، ومخالف في التقطيع؛ لما أن القباء غير القميص، فإن شاء مالَ إلى جهة الوفاق وأعطاه أجر مثله؛ لأنه أقام العمل بعقد الإجارة ولكنه لا يلزمه جميع

القُرْطَقُ الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ القَمِيصِ، وَقِيلَ هُوَ مُجْرًى عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبَانِ فِي المَنْفَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُضَمِّنُهُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِأَنَّ القَبَاءَ خِلَافُ جِنْسِ القَمِيصِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَمِيصٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ يُشَدُّ وَسَطُهُ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ يَكُونُ مُخَالِفًا؛ لِأَنَّ القَمِيصَ لا يُشَدُّ وَيُنْتَفَعُ بِهِ انْتِفَاعُ القَمِيصِ فَجَاءَتْ المُوَافَقَةُ وَالمُخَالَفَةُ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ لِقُصُورِ جِهَةِ المُوَافَقَةِ، وَلا يُجَاوِزُ بِهِ الدِّرْهَمَ المُسَمَّى كَمَا هُوَ الحُكْمُ فِي سَائِرِ الإِجَارَاتِ الفَاسِدَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَلَوْ خَاطَهُ سَرَاوِيلَ وَقَدْ أَمَرَ بِالقَبَاءِ قِيلَ يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ لِلتَّفَاوُتِ فِي المَنْفَعَةِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُخَيَّرُ لِلاتِّحَادِ فِي أَصْلِ المَنْفَعَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أُمِرَ بِضَرْبِ طَسْتٍ مِنْ شَبَّةٍ فَضَرَبَ مِنْهُ كُوزًا، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ كَذَا هَذَا، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

المسمى؛ لأن صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلًا بخياطة القميص دون القباء، ولا يجاوز بأجر المثل المسمَّى؛ لأن المنافع عندنا لا يتقوم إلا بالعقد، وليس فيما وراء المسمَّى عقدًا، فلو أوجبنا به المسمى قومناه بغير عقد فلا يجوز ويلزمه أجر مثله، كما لو شرط على النساج أن ينسجه صفيقًا فحاكه رقيقًا، أو على العكس، حيث يلزمه أجر مثله لا يجاوز به ما سمَّى، كذلك هاهنا، هذا كله من شروح «الجامع الصغير» للمرغيناني، والمحبوبي وغيرهما.

القُرْطَقُ: تعريب (كُرتَهْ)، و(يَكْ تَاهِي)، والقرطف: هو الذي يلبسه الأتراك مكان القميص، ويقال له بالفارسية: (يَكْتَاهِي)، هذا كله كان بخط شيخي رحمه الله.

وفي «المغرب»: القُرْطَقُ: قباء ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ، يعني: (يَكْتَاهْ).

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، لا المسمى؛ لأن المستعمل لم يرض بالمسمَّى إلا على صفة مخصوصة، ولم يسلم بتلك الصفة فيجب أجر المثل، كذا في «الإيضاح»، والله أعلم.

بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ

قَالَ: (الإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ البَيْعَ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ (وَالوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ أَجْرُ المِثْلِ لا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّى)

باب الإجارة الفاسدة

لمَّا فرغ من بيان أحكام الإجارة الصحيحة شرع في بيان الإجارة الفاسدة، وقدم الصحيحة؛ لأنَّها موجودة بأصلها ووصفها، فكانت هي أوْلَى بالتقديم من الإجارة الفاسدة التي هي موجودة بأصلها دون وصفها؛ ولأن الأصل في عقود أهل الإسلام الصحة فكانت أوْلَى بالتقديم.

قوله: عَقْدٌ يُقَالُ، هو من الإقالة، لا من القول.

قوله: وَالوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ أَجْرُ المِثْلِ لا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّى، فكان معناه: أي: الأقل من أجر المثل ومن المسمى.

اعلم أن هذا الذي ذكره من الحكم بأن الواجب هو الأقل من أجر المثل ومن المسمَّى فيما إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد، لا باعتبار جهالة المسمى، ولا باعتبار عدم التسمية؛ لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجرُ بالغًا ما بلغ، كذا في «الذخيرة»، و«المغني»، و«فتاوى قاضي خان».

وقال في «فتاوى قاضي خان»: الإجارة إذا كانت فاسدة ووجبَ أجرُ المثل هل يجب بالغًا ما بلغ؟ ينظر إن كان فساد الإجارة لجهالة المسمَّى من الأجر أو لعدم التسمية يجبُ أجر

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ بَالِغًا مَا بَلَغَ اعْتِبَارًا بِبَيْعِ الأَعْيَانِ. وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالعَقْدِ لِحَاجَةِ النَّاسِ فَيُكْتَفَى بِالضَّرُورَةِ فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا، إِلَّا أَنَّ الفَاسِدَ تَبَعٌ لَهُ،

المثل بالغًا ما بلغ، وكذا لو استأجر دارًا أو حانوتًا سنةً بمائة درهم على أن يرُمَّها المستأجر كان على المستأجر أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لمَّا شرط المرمة على المستأجر صارت المرمة من الأجر فيصير الأجر مجهولًا، فأمَّا إذا كان فساد الإجارة بحكم شرط فاسد أو نحو ذلك كان له أجر المثل ولا يزاد على المسمَّى.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني»: أن العقد إذا فسد مع كون المسمى كله معلومـًا بمعنى آخر يجب أجر المثل ولا يزاد على المسمَّى، حتى أن المسمى إذا كان خمسة وأجر المثل عشرة يجب خمسة لا غير، وإذا فسد العقد لجهالة المسمى، أو لانعدام المسمى يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، حتى أن المسمَّى إذا كان خمسة وأجر المثل عشرة يجب عشرة، وكذلك إذا كان المسمَّى بعضه مجهولًا وبعضه معلومًا كما في مسألة المرمة.

والثانية: يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، أراد بتلك المسألة ما إذا تكارَى رجل من رجل دارًا، كل شهر بعشرة دراهم على أن ينزلها هو بنفسه وأهله على أن يعمر الدار، ويرُمّ ما كان فيها من خراب، ويعطي أجر حارسها وما يأتيها من نائبةٍ من جهة السلطان أو غيره فالإجارة فاسدة، وهذا الجواب صحيح في العمارة والنوائب؛ لأنَّها ليست على رب الدار وأنَّها مجهولة في نفسها، فصار هو بهذا الشرط شارطـًا لنفسه شيئًا مجهولًا، فأمَّا أجر الحارس فهو على الساكن، فإن لم يسكنها فلا أجرَ عليه؛ لأن الإجارة فاسدةٌ والأجرة في فاسد من الإجارات لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة، وإن سكنها فله أجر مثلها بالغًا ما بلغ يجاوز به المسمى المعلوم.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ لا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالعَقْدِ لِحَاجَةِ النَّاسِ فَيُكْتَفَى بِالضَّرُورَةِ فِي الصَّحِيحِ، أي: يقوم المنافع بعقد الإجارة لضرورة حاجة الناس، فيكتفي لذلك ضرورة التقوم في العقد الصحيح من عقود الإجارة دون الفاسدة منها.

وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً، لَكِنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الفَاسِدِ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ، وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ المِثْلِ لَمْ يَجِبْ زِيَادَةُ المُسَمَّى لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ العَيْنَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي نَفْسِهَا وَهِيَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ، فَإِنْ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ وَإِلَّا فَلَا.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ فَالعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ)؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ كُلٍّ إِذَا دَخَلَتْ فِيمَا لا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بِالعُمُومِ فَكَانَ الشَّهْرُ الوَاحِدُ مَعْلُومًا فَصَحَّ العَقْدُ فِيهِ،

قوله: وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً، أي: يعتبر في الإجارة الفاسدة ما يعتبر بدلًا في الإجارة الصحيحة، وفي الإجارة الصحيحة تبلغ إلى المسمى لا غير ولا يجاوز عن المسمى، فكذا في الفاسدة لا يجاوز عنه، وفي هذا جواب آخر عن قول زفر والشافعي.

قوله: فَإِنْ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ، أي: انتقلت التسمية على تأويل ذكر التسمية عن الموجب الأصلي وهو قيمة الأعيان.

قوله: وَإِلَّا فَلَا، أي: وإن لم يصح التسمية في الأعيان فلا انتقال للتسمية عن الموجب الأصلي وهو قيمة الأعيان.

وذكر في «شرح الحاوي»: الإجارة الفاسدة ملحقه بالصحيحة وإن لم يكن فيها ضرورة؛ لأن العلة تراعى في الأصول دون الأتباع، فإذا ظهر التقوم يجب المصير إلى الأسواق في معرفة قيمته، إلا أنه إذا اتفقا على ذلك القدر لا يظهر التقوم في الزيادة عليه، وأمَّا في مسألتنا فعدم التقوم أصل وإنما يتقوم بالعقد بقدر التسمية، وأمكن اعتبار التسمية إذا كان المسمَّى معلومًا كله، فما زاد عليها يبقى غير متقومة على ما كانت في الأصل، وإذا فسد العقد

وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الإِجَارَةَ لِانْتِهَاءِ العَقْدِ الصَّحِيحِ (وَلَوْ سَمَّى جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ)؛ لِأَنَّ المُدَّةَ صَارَتْ مَعْلُومَةً.

قَالَ: (وَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي صَحَّ العَقْدُ فِيهِ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَى أَنْ يَنْقَضِيَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ سَاعَةً)؛ لِأَنَّهُ تَمَّ العَقْدُ بِتَرَاضِيهِمَا

لجهالة المسمى، أو لانعدام المسمى يجبُ أجر المثل بالغًا ما بلغ، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِذَا تَمَّ - أي: الشهر الأول - كَانَ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الإِجَارَةَ، ثم إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر صاحبه هل يصح؟ من مشايخنا من قال: أنه على الخلاف، على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يصح، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يصح، ومنهم من قال: لا يصح الفسخ هاهنا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف، وهذه المسألة مع دلائلها مذكورة في «الذخيرة».

قوله: وَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي صَحَّ العَقْدُ فِيهِ، وفي «المبسوط»: فإن سكنها من الشهر الثانِي يومًا أو يومين لم يكن لكل واحدٍ منهما أن يترك الإجارة إلى تمام الشهر إلا من عذر؛ لأن التَّراضي منهما بالعقد في الشهر يتم إذا سكنها يومًا أو يومين، فيلزم العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الأول، وفي ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الداخل ويومها؛ لأن ذلك رأس الشهر، وبعض المتأخرين يقولون: الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال، حتى إذا مضت ساعة فالعقد يلزمهما وهو القياس، ولكن فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال: الخيار لكل واحد منهما في اليوم الأول من الشهر.

وذكر في «الذخيرة»: وفي «الأصل»: إذا استأجر الرجل من آخر دارًا كل شهر بعشرة دراهم، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: هذا جائزٌ، بعضهم قالوا: أراد بقوله: هذا جائز، أن الإجارة في الشهر الأول جائزة، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة؛ لجهالة المدة، وبعضهم قالوا: الإجارة جائزة في الشهر الثانِي والثالث كما جازت في الشهر الأول، وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه، وإنما جازت الإجارة فيما وراء الشهر الأول

بِالسُّكْنَى فِي الشَّهْرِ الثَّانِي، إِلَّا أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ هُوَ القِيَاسُ، وَقَدْ مَالَ إِلَيْهِ بَعْضُ المَشَايِخِ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنْ يَبْقَى الخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اللَّيْلَةِ الأُولَى مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي وَيَوْمِهَا؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الأَوَّلِ بَعْضَ الحَرَجِ.

وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكرٍ، وإنما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل الشهر، وإن كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة.

ثم المشايخ اختلفوا بعد هذا في كيفية إمكان الفسخ لكل واحدٍ منهما في رأس كل شهر، وإنما اختلفوا؛ لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارةٌ عن الساعة التي يُهل فيها الهلال، فكما أُهل فيها الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك؛ لمضي وقت الخيار، وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ؛ لأنه لم يجيء وقته، والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة:

(١) إمَّا أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الشهر: فسخت الإجارة، فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذٍ عمله ونفذ؛ لأنه لم يجد نفاذًا في وقته، والفسخ إذا لم يجد نفاذًا في وقته يتوقف إلى وقت نفاذه، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن محمد بن سلام رحمه الله.

(٢) أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر: فسخت العقد برأس الشهر، فينفسخ العقد إذا أهل الهلال فيكون هذا فسخًا مضافًا إلى رأس الشهر، وعقد الإجارة يصح مضافًا فكذا فسخه يصح مضافًا.

(٣) أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها، وهذا القائل يقول: لم يرد محمد رحمه الله بقوله لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر، رأس الشهر من حيث الحقيقة، وهو الساعة التي يهل فيها الهلال، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة، وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها، وهذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان: إذا حلف الرجل ليقضين حق فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها، لم يحنث استحسانًا.

وفي «شروط الحاكم أحمد السمرقندي» رحمه الله: إذا استأجر دارًا كل شهر بكذا،

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ الأُجْرَةِ)؛ لِأَنَّ المُدَّةَ مَعْلُومَةٌ بِدُونِ التَّقْسِيمِ فَصَارَ كَإِجَارَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ يَوْمٍ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّى وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا فَهُوَ مِنَ الوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ؛ لِأَنَّ الأَوْقَاتِ كُلَّهَا فِي حَقِّ الإِجَارَةِ عَلَى السَّوَاءِ فَأَشْبَهَ

فعجل أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الآجر ذلك لا يكون لأحدهما بعد ذلك ولاية الفسخ في قدر ما عجل، وكان التعجيل منهما دلالة العقد في الشهر الثاني والثالث.

قوله: ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّى، بأن يقول: من شهر رجب من هذه السنة مثلًا.

قوله: وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا فَهُوَ مِنَ الوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا استأجرها في كل شهر؛ لأن الإجارةَ تناولت الأبد، فلا بدَّ أن يدخل الشهر من حين وقع عقد الإجارة، وإنَّما يُشكل فيما إذا استأجرها شهرًا واحدًا فإنه منكر والذي يلي العقد متعين لكن يتعين الذي يلي العقد إمَّا بمقتضى مطلق العقد وإمَّا بدلالة الحال؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتدين أن يقصد صحةَ العقد، ولا تصح الإجارة لو لم يتعين الشهر الذي يليها؛ لأنه حينئذٍ تكون الإجارة على شهر لا بعينه، وأمَّا مطلق العقد فإنه مطلقه يوجب حكمه للحال، وحكم الإجارة وقوع الملك للمستأجر في المنفعة، وإنما يقع الملك له فيها في الحال إذا تعيَّن الشهر الذي يلي الإجارة، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: وإذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أوَّل الشهر فهو من الوقت الذي استأجرها عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح الاستئجار إلا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل إلا بالشرط؛ وهذا لأنه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد متعينٌ ولا يتعيَّن باسم النكرة، ألا ترى أنه لو قال: لله عليَّ أن أصوم شهرًا لا يتعين الشهرُ الذي يعقب نذره ما لم يعيّنه.

ولكنا نقول: الأوقات كلها في حكم الإجارة سواء وفي مثله يتعيَّن الزمان الذي يتعقب السبب كما في الآجال والأيمان إذا حلف لا يكلم فلانًا شهرًا؛ وهذا لأن التأخيرَ عن السبب

اليَمِينَ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ اللَّيَالِيَ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لَهُ (ثُمَّ إِنْ كَانَ العَقْدُ حِينَ يَهُلُّ الهِلَالُ فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلِّهَا بِالأَهِلَّةِ)؛ لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ. (وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ فَالكُلُّ بِالأَيَّامِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ

الموجب لا يكون إلا بمؤخر، والمؤخر ينعدم فيما يستوي فيه الأوقات، بخلاف الصوم فإنه يتمحَّض الشروع فيه بتعين الأوقات، حتى أن الليل لا يصلح لذلك، وكذلك يوم العيد وأيام التشريق، يُوضحه أن الشروع في الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب، فأمَّا دخول المنفعة في العقد فلا يستدعي معنًى من جهته سوى العقد، فما يحدث بعد العقد يكون داخلًا في العقد.

قوله: ثُمَّ إِنْ كَانَ العَقْدُ حِينَ يَهُلُّ الهِلَالُ - بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول، أي: ينظر الهلال، أراد به اليوم الأول من الشهر - فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلِّهَا بِالأَهِلَّةِ؛ - أي: نقصت أو تمَّت - لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ، أي: الأهلة أصل في الشهور دون الأيام فإن الأيام بدل عن الأهلة، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩]، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فأكملوا شعبان ثلاثين يومًا»، وإنما يصارُ إلى البدل إذا تعذر اعتبار الأصل، ولمَّا كان كذلك إذا استأجرها شهرًا حتى أهل الهلالُ فاعتبار الأصل هاهنا ممكنٌ، فكان له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل، وإذا كان في بعض الشهر فقد تعذَّر اعتباره بالأهلَّة فيعتبر بالأيام ثلاثين يومًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ فَالكُلُّ بِالأَيَّامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: وإن كان عقد الإجارة في نصف الشهر أو بعد ما مضت أيام منه فإنه يقع على تلك السنة كلها بالأيام ثلاثمائة وستين يومًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما أحد عشر شهرًا بالأهلة وشهرًا بالأيام، بحيث ما بقي من أول الشهر يكمل في الشهر الآخر، كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ الأَوَّلُ بِالأَيَّامِ وَالبَاقِي

وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ بِالأَيَّامِ وَالبَاقِي بِالأَهِلَّةِ؛ لِأَنَّ الأَيَّامَ يُصَارُ إِلَيْهَا ضَرُورَةً، وَالضَّرُورَةُ فِي الأَوَّلِ مِنْهَا. وَلَهُ أَنَّهُ مَتَى تَمَّ الأَوَّلُ بِالأَيَّامِ ابْتَدَأَ الثَّانِيَ بِالأَيَّامِ ضَرُورَةً وَهَكَذَا إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَنَظِيرُهُ العِدَّةُ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ.

بِالأَهِلَّةِ؛ وفي «الذخيرة»: وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتبر الشهر الأول بالأيام ويكمل من الشهر الأخير، وباقي الشهور بالأهلة.

وفي «المبسوط»: وإذا استأجرها سنةً أولها هذا اليوم وهو لأربع عشرة مضت من الشهر، فإنه يسكنها بقيَّة هذا الشهر وأحد عشر شهرًا بالأهلة، وستة عشر يومًا من الشهر الثاني، وهذا غلط، والصحيح ما ذكره في بعض الروايات: استأجرها لأربع عشرة بقيت من الشهر؛ لأنه إذا كان الماضي من الشهر الأول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يومًا في ذلك الشهر، ولا يسكنها في آخر المدة إلا أربعةَ عشر يومـًا لتمام ثلاثين يومًا، وقد قال: يسكنها ستة عشر يومًا، فعرفنا أن الصحيح لأربعة عشر يومًا بقيت من الشهر.

قوله: وَنَظِيرُهُ العِدَّةُ، أي: من حيث الاعتبار بالأشهر، وأمَّا إذا كان الطلاق واقعًا في خلال الشهر فتعتبر العدة بالأيام هناك بالاتفاق، فمن ذلك الوجه لم تكن مسألة الإجارة نظير مسألة العدة؛ لأنه ذكر في «المبسوط» في كتاب الإجارات وقال:

وقد ذكر في كتاب الطلاق في العدة أنَّها تعتبر بالأيام ثمَّ قال: فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: لا حاجة إلى الفرق، وعلى قول محمد وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله: الفرق بين الفصلين أن الإجارة عقود متفرقة، فإذا أهل الهلال يتجدد انعقاد العقد عند ذلك، فيجعل كأنَّهما أجددا العقد عند ذلك، فلهذا يعتبر أحد عشر شهرًا بالهلال، ولا يوجد مثل ذلك في العدة؛ لأن الكل في حكم شيءٍ واحدٍ، فيعتبر كلها بالأيام.

قوله: وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، هذه حوالة غير رابحة، فإن مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة رحمه الله تعتبر بالأيام، وعندهما الباقي بعد الأول، والآخر بالأشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الحَمَّامِ وَالحَجَّامِ) أَمَّا الحَمَّامُ فَلِتَعَارُفِ النَّاسِ وَلَمْ تُعْتَبَرِ الجَهَالَةُ لِإِجْمَاعِ المُسْلِمِينَ، قَالَ: - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ» وَأَمَّا الحَجَّامُ فَلِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - احْتَجَمَ

قوله: وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الحَمَّامِ وَالحَجَّامِ، وإنما خصَّ هذين الفعلين؛ لأن للناس فيهما خلافًا، وقد ذكر في «المبسوط»: ذكر عن عمارة بن عقبة قال: قدمتُ على عثمان بن عفان رضي الله عنه فسألني عن مالي، وأخبرته أن لي غلمانًا لهم غلة، وحماماً له غلة، فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام، فقد كرهه بعض العلماء أخذًا بظاهر الحديث، فقالوا: الحمامُ بيت الشيطان، فسمَّاه رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم شرّ بيت، فإنه تُكشف فيه العورات، وتصبّ فيه الغسالات والنجاسات، ومنهم من فصَّل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا: يكره اتخاذ حمام النساء؛ لأنَّهن منعن من الخروج، وأمرن بالقرار في البيوت، واجتماعهنَّ قلَّما يخلو عن فتنة، وقد رُوي أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت: «أنتن من اللاتِي يدخلن الحمامات وأمرتُ بإخراجهن».

والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعًا، للحاجة إلى ذلك خصوصًا في ديارنا، والحاجة في حق النساء أظهر؛ لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال من الحيض، والنفاس، والجنابة، ولا تتمكن من ذلك في الأنهار والحياض كما يتمكن منه الرجل، وقد صحَّ في الحديث: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم دخل حمام حجفة»، وتأويل ما رُوي من كراهة الدخول إذا كان مكشوف العورة، فأمَّا بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام، ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت.

وأمَّا كسب الحجام فأصحاب الظواهر يأخذون بظاهر الحديث: «أنَّ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم نهى عن عسب التَّيس، وكسب الحجام، وقفيز الطحان»، ويقولون: كسب الحجام حرام؛ لأنه يأخذ بمقابلة ما يخرج من الدم، أو ما شَرَطَ وهو مجهول، فيكون محرمًا شرعًا، وقد دلَّ عليه حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم قال: إن من السحت عسب التيس، ومهر البغي، وكسب الحجام»، والمراد بمهر البغي ما تأخذه

وَأَعْطَى الحَجَّامَ الأُجْرَةَ» وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا. قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ) وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ فَحْلًا لِيَنْزُوَ عَلَى الإِنَاثِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ عَسْبَ التَّيْسِ» وَالمُرَادُ أَخْذُ الأُجْرَةِ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَا الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الأَذَانِ وَالحَجِّ، وَكَذَا الإِمَامَةُ وَتَعْلِيمُ القُرْآنِ وَالفِقْهِ) وَالأَصْلُ أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا المُسْلِمُ لَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عَمَلٍ

الزانية شرطًا على الزنا، لمَّا قرن بين ذلك وبين كسب الحجام عرفنا أن كسب الحجام حرام.

ولكنا نقول: هذا النهي في كسب الحجام قد انتسخ بدليل ما ذكره في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «فأتاه رجل من الأنصار فقال: إن لي حجامًا وناضحًا، أفأعلف ناضحي من كسبه؟ قال: نعم، وأتاه آخر فقال: إن لي عيالًا وحجامًا، أفأطعم عيالي من كسبه؟ قال: نعم»، فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة، ودلَّ عليه أيضًا حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «احْتَجَمَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ أَجْرَهُ»، ولو كان حرامًا لم يعطه إيَّاه؛ لأنه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل إيكاله، كذا في «المبسوط».

نهى عن عسب الفحل: وهو ضرابُه، يقال: عسب الفحلُ الناقةَ، يعسبها عسْبًا، والمراد: عن كراء العسب، على حذف المضاف، كذا في «المغرب»، وذكر في «المبسوط»: والمراد بعسب التيس أخذ المال بالضراب، وهو إنزاء الفحول على الإناث وذلك حرامٌ، فإنه أخذ المال بمقابلة الماء، وهو مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل، ولأنه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الإحبال، فإن ذلك ليس في وسعه، وهو يبتني على نشاط الفحل أيضًا.

قوله: لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيِّنٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ، هذا احتراز عمَّا لو كان متعينًا للإمامة، والإفتاء، والتعليم؛ لأنه لو كان المفتي والإمام واحدًا لا يجوز استئجاره بالإجماع.

مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيِّنٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ. وَلنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اقْرَءُوا القُرْآنَ وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ» وَفِي آخِرِ مَا عَهِدَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَى عُثْمَانَ بْنِ أَبِي العَاصِ «وَإِنْ اتُّخِذْتَ مُؤَذِّنًا فَلَا تَأْخُذْ عَلَى الأَذَانِ أَجْرًا»؛ وَلِأَنَّ القُرْبَةَ مَتَى حَصَلَتْ وَقَعَتْ عَنِ العَامِلِ وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّتُهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الأَجْرِ مِنْ غَيْرِهِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ؛ وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ مِمَّا لَا يَقْدِرُ المُعَلِّمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَعْنًى مِنْ قِبَلِ

قوله: وَلِأَنَّ القُرْبَةَ مَتَى حَصَلَتْ وَقَعَتْ عَنِ العَامِلِ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّتُهُ، وتعتبر نيته لا نية الآمر، ولو انتقل فعل المأمور إلى الآمر يشترط نية الآمر وأهليته كما في باب الزكاة، فإن ثمَّة يشترط نية الآمر وأهليته، حتى لو كان المأمور كافرًا يصح أداء الزكاة؛ لأن المؤدِّي هو الآمر وهاهنا بخلافه، فعُلم به أن المؤدِّي هو المأمور، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِئْجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ القُرْآنِ، وهم أئمة بَلْخ، فإنَّهم اختاروا قول أهل المدينة وقالوا: إن المتقدمين من أصحابنا بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة، ومروة المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط، وأمَّا في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعًا فنقول: يجوز الاستئجار كي لا يتعطل هذا الباب، ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات، ألا ترى أن النساء كنَّ يخرجن إلى الجماعات في زمن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم وأبي بكر رضي الله عنه، حتى منعهنَّ من ذلك عُمر رضي الله عنه، فكان ما رآه صوابًا، كذا في «المبسوط».

ومشايخ بَلْخ رحمهم الله جوَّزوا الاستئجار على تعليم القرآن إذا ضُرب لذلك مدَّة، وأفتوا بوجوب المسمَّى، وعند عدم الاستئجار أصلًا، أو عند الاستئجار بدون ذكر المدة أفتوا بوجوب أجر المثل، وقالوا: إنما كُره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول؛ لأن حملة القرآن كانوا قليلًا فكان التعليم واجبًا حتى لا يذهب القرآنُ، فأمَّا في زماننا كثرت حملة القرآن ولم يبق التعليم واجبًا فجاز الاستئجار عليه.

الْمُتَعَلِّمِ فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَصِحُّ وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِئْجَارَ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ الْيَوْمَ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ. فَفِي الِامْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ الْقُرْآنِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَلَاهِي)؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ وَالْمَعْصِيَةُ لا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا مِنَ الشَّرِيكِ،

وذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله: كان المتأخرون من أصحابنا يجوزون ذلك ويقولون: إنما كره المتقدمون ذلك؛ لأنه كان للمعلِّمين عطيات من بيت المال، فكانوا مستغنيين عما لا بدَّ لهم من أمر معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة، إلى أن قال: فتجوز الإجارة، ويجبر المستأجر على دفع الأجرة، ويُحبس بها، وبه يفتى، وكذلك يُجبر على الحلوة المرسومة، وكذا يُفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه في زماننا.

وفي «روضة الزندويستي» رحمه الله: كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخزي رحمه الله يقول: في زماننا يجوز للإمام، والمؤذن، والمعلم، أخذ الأجرة، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَكَذَا سَائِرُ الْمَلَاهِي، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تجوز الإجارة على شيء من اللَّهو، والمزامير، والطَّبل وغيره؛ لأنَّها معصية والإجارة على المعصية باطلة؛ ولأن الأجير مع المستأجر يشتركان في منفعة ذلك، فتكون هذه الإجارة واقعةً على عمل هو فيه شريك، ذكره في «الذخيرة».

قوله: وَالْمَعْصِيَةُ لا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ، فإن بعقد الإجارة يستحق المعقود عليه شرعًا، ولا يجوز أن يستحق على المرء فعل شرعًا يكون به عاصيًا؛ لئلا تصير المعصية مضافة إلى الشرع.

قوله: وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ - أي: سواء كان الشيوع فيما

وَقَالَا: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ)،

يحتمل القسمة كالأرض، أو لا يحتمل القسمة كالعبد - إِلَّا مِنَ الشَّرِيكِ، أي: لو أجر نصيبه من شريكه يجوز بالاتفاق وإن كان شائعاً.

فإن قلتَ: احتاج أبو حنيفة رحمه الله إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألتين أخرتين وهما: الهبة والرهن، حيث لا تجوز هبة المشاع وإن كان من شريكه، وكذلك الرهن لا يجوز من شريكه، فما وجه الفرق بين هذه المسائل له؟

قلتُ: أمَّا جواز الإجارة من الشريك فلما ذكر في الكتاب، وتحقيقة هو أن المقصود من الاستئجار الانتفاع، والمنفعة هي المعقود عليها، واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقَّه بالعقد يتأتى هاهنا؛ لأنه يسكن جميع الدار فكان مستوفيًا منفعة نصيبه بملكه، ومنفعة المستأجر بحكم الإجارة، بخلاف ما إذا أجر من غير شريكه، فهناك يتعذر الاستيفاء على الوجه الذي أوجبه العقد على ما يذكر، ولمَّا لم يتعذر المقصود وهو الانتفاع في حق الشريك جازت الإجارة من الشريك، بخلاف الهبة، فإن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يحصل به الملك، وفي نقصان القبض في هبة الشائع لم يتفاوت بين أن يكون القابض شريكاً أو أجنبيًّا، وبخلاف الرهن؛ لأن بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه هو الحبس المستدام، أي: في كل المرهون، ولا تصور لذلك في الشائع، وفي هذا الشريك والأجنبي سواءٌ.

وأمَّا هاهنا فبالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة، وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك كما ذكرنا، وبخلاف بيع المشاع فإنه يجوز مطلقًا؛ لأن العود إلى يد البائع بعد ما وجد التسليم لا يفوت التسليم، فإنه لو غصبَ منه أو أعاره منه لا يفوت التسليم حتى لا يسقط شيء من الثمن لو هلك في يده، وبخلاف الإجارة فإن الموجر لو غصبه منه أو استعاره يفوت التسليم، فمن هذا الوجه افترقت المسائل، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَقَالَا: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ، وفي «المغني»: الفتوى في إجارة المشاع على قولهما،

وَصُورَتُهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَصِيبًا مِنْ دَارِهِ أَوْ نَصِيبَهُ مِنْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ. لَهُمَا أَنَّ لِلْمُشَاعِ مَنْفَعَةً وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، وَالتَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ بِالتَّخْلِيَةِ أَوْ بِالتَّهَايُؤِ فَصَارَ كَمَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ وَصَارَ كَالبَيْعِ.

وإن أراد حيلة في ذلك ليجوز العقد على قول الكل فله حيلتان:

إحداهما: حكم القاضي، أو حكم حاكم محكم إن تعذرت المرافعة إلى القاضي المولي.

والثانية: أن ينعقد العقد على الكل أوَّلًا، ثم يفسخان العقد في بعضه بقدر ما يتفق عليه العاقدان، ويكون ذلك جائزًا بالاتفاق في ظاهر الرواية؛ لأن الشيوع الطارئ لا يمنع الجواز.

قوله: وَصُورَتُهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَصِيبًا مِنْ دَارِهِ، إلى آخره، لكن قولهما هذا فيما إذا كان نصيب الموجر معلومًا كالنصف والثلث، وأمَّا إذا لم يكن معلومًا فقد قيل إنه على الخلاف؛ لأنه ذكر في «الذخيرة»: إذا استأجر الرجل نصيبًا من دار غير مسمًّى بأن قال لغيره: استأجرتُ منك نصيبك من هذه الدار، أو من هذا العبد، أو من هذه الدابة، ولم يُبيِّنا نصيبه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا علم بالنصيب بعد ذلك، وهو قول محمد رحمه الله، أمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يشكل أنه لا يجوز؛ لأن المستأجر مشاع مجهولٌ، فإن النصيب المجهول لا يدرى أنه ثلث، أو نصف، أو ربع، ولهذا قال: لو باع نصيبًا من دار والمشتري لا يعلم لا يجوز البيع لجهالة المبيع، فلمَّا كان كذلك لو كان مشاعـًا معلومـًا بأن أجر النصف أو الثلث لم يجز عنده، فإذا كان مشاعًا مجهولًا أوْلَى أن لا يجوز.

وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يشكل أنه يجوز؛ لأن جهالة النصيب عند المشتري لا تمنع جواز البيع عنده، حتى قال: إذا اشترى نصيبًا من دار ولم يعلم مقداره جاز، وله الخيار إذا علم بالنصيب بعد ذلك فلا يمنع جواز الإجارة أيضـًا، وإنما الإشكال على قول محمد رحمه الله؛ لأنه جهالة النصيب عنده تمنع جواز البيع فيجب أن تمنع جواز الإجارة أيضـًا وإن كان الشيوع لا يمنع الجواز على مذهبه، وعن هذا اختلف المشايخ في قوله، بعضهم قالوا:

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ آجَرَ مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلا يَجُوزُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لا يُتَصَوَّرُ، وَالتَّخْلِيَةُ اُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا لِوُقُوعِهِ تَمْكِينًا وَهُوَ الفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ،

في الإجارة قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله، وبعضهم قالوا: قوله كقول أبي يوسف رحمه الله.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ آجَرَ مَا لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَجُوزُ، كما لو باع الآبق أو آجره، وبيان ذلك أن عقد الإجارة يرد على المنفعة، وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر، ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعًا، بل إنما يتحقق من جزء متعيَّن فإنَّهما إن تهايآ على المكان فإنما يسكن كل واحد منهما جميع الدار في بعض المدة، فعرفنا أن استيفاء المنفعة من الجزء الشائع لا يتحقق، فكان بإضافة العقد إلى جزءٍ شائع ملتزمًا تسليم ما لا يقدر على تسليمه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لا يُتَصَوَّرُ - لأن التسليم إنما يتم بالقبض، والقبض أمر حسيٌّ وهو لا يرد إلا على المعين، والمشاع غير معين - وَالتَّخْلِيَةُ اُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا، جواب إشكال يرد على قوله: لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لا يُتَصَوَّرُ، بأن يقال: سلمنا أن تسليم المشاع وحده لا يتصور، ولكن يتصور التسليم بطريق التخلية كما في البيع، بأن باع نصف داره مشاعًا وخلّي بين نصف الدار المشاع وبين المشتري كان ذلك قبضًا من المشتري، حتى يصير النصف المشتري في حكم قبضه ويبرأ البائع عن ضمان التسليم، ولا يصير النصف الآخر في حكم قبضه حتى لا يضمن للآخر شيئًا وإن كانت التخلية بغير إذن الأجر، كذا في «الأسرار».

ولمَّا قامت التخلية مقام التسليم في البيع يجب أن يكون في الإجارة كذلك، فأجاب عنه بهذا وقال: وَالتَّخْلِيَةُ اُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا، أي: في البيع.

قوله: لِوُقُوعِهِ تَمْكِينًا، أي: لوقوع التخلية بتأويل رفع المانع تمكينًا، أي: من القبض.

قوله: وَهُوَ الفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ، من القبض، أي: من المشتري كالبيع،

وَلا تَمَكُّنَ فِي المُشَاعِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِحُصُولِ التَّمَكُّنِ فِيهِ، وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ حُكْمًا لِلْعَقْدِ بِوَاسِطَةِ المِلْكِ، وَحُكْمُ العَقْدِ يَعْقُبُهُ وَالقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ شَرْطُ العَقْدِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ، وَلا يُعْتَبَرُ المُتَرَاخِي سَابِقًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ

والإعتاق، والانتفاع بالتهايؤ.

قوله: وَلا تَمَكُّنَ فِي المُشَاعِ، أي: في الإجارة، فإن المستأجر لا يتمكن من قبض المشاع في حق الانتفاع؛ وهذا لأن قبض المنفعة في المشاع حقيقة لا يتصوَّر وهذا ظاهر، وكذا حكماً بالتخلية؛ لأن التخلية في المنفعة لا يتصور؛ لأن المنفعة بعد الحدوث لا تبقى حتى يضاف إليها، وقبل الحدوث عدم فتعذَّر أصلًا، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

وحاصل الفرق بين قبض المشاع في البيع بأنه يجوز، وقبض المشاع في الإجارة في أنه لا يجوز راجع إلى معنى، وهو أن القبض إنما يعتبر في الاستئجار إذا كان القابض متمكناً من الانتفاع الكامل بالعين المستأجر حقيقةً وحسًّا، ولا يحصل ذلك في المشاع بالتخلية؛ لأن ذلك حكميٌّ وليس بحقيقيٍّ، وأمَّا حكم البيع فثبوت الملك وهو أمر شرعي، فيجوز أن يقوم التخلي بالمشتري مقام القبض؛ لأن بناء الشراء ليس على الانتفاع الحقيقي، وعن هذا قيل: إن بيع الجحش جائز وإجارته لا تجوز؛ فتحقق حكم البيع فيه وهو الملك، وعدم تحقق حكم الإجارة فيه وهو الانتفاع، وإلى هذا أشار في «الأسرار» بقوله:

وأمَّا المنفعة نفسُها فلا يمكن قبضها إلا بالاستيفاء ولا يتصوَّر شائعًا، والتخلي في باب الإجارة ليس بقبض للمنفعة، ولكن بسبب عجز المؤاجر عن أبلغ من هذا يقام مقام القبض، وإذا كان كذلك كان الأمر مبنيًّا على الحقيقة لا على المتجوز منه بسبب العجز.

قوله: وَأَمَّا التَّهَايُؤُ، إلى آخره، وهذا أيضاً جواب شبهة بأن يقال: يمكن الانتفاع في العين المستأجر المشاع بطريق التهايؤ فينبغي أن تجوز الإجارة، فأجابَ عنه بأن شرط صحة عقد الإجارة ينبغي أن يكون موجودًا حالة العقد، وهذا الانتفاع بالتهايؤ إنما يثبت بعد العقد، فلا يمكن أن يجعل المستأجر شائعًا حتى يصح به عقد الإجارة، والاختلاف في النسبة

مِنْ شَرِيكِهِ فَالكُلُّ يَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ فَلَا شُيُوعَ، وَالِاخْتِلَافُ فِي النِّسْبَةِ لَا يَضُرُّهُ، عَلَى أَنَّهُ لا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ؛ لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْبَقَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ

لا يضره، وقد ذكرنا أن الشريك المستأجر ينتفع في نصيبه بنسبة الملك، وفي نصيب شريكه بنسبة الاستئجار، وهذا كما قلنا في الإقرار بأن أقرَّ أن لفلان عليَّ ألف درهم قرضًا، فقال المقر له: بل غصبـًا، يلزمه الألف ولا يعتبر اختلاف الجهة.

قوله: عَلَى أَنَّهُ لا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ، فقد رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا آجر من شريكه لا يجوز أيضـًا، وجعله كالرهن في هذه الرواية؛ لأن استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا تتأتى إلا بغيرها، وهو منفعة نصيبه وذلك مفسدٌ لعقد الإجارة، وفي ظاهر الرواية يجوز؛ لأن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هاهنا لما ذكرنا، بخلاف ما إذا أجره من غيره فهناك يتعذر الاستيفاء لما ذكرنا، فكان هذا نظير بيع الآبق ممَّن في يده يجوز؛ لكون التسليم مقدورًا عليه، ومِن غير مَن في يده لا يجوز؛ للعجز عن التسليم.

قوله: وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ، بأن أجر رجل من رجلين ثم ماتَ أحد المستأجرين، أو أجر رجلان من رجل ثم ماتَ أحد الموجرين، فإنه تقع الإجارة في نصيب الحي شائعًا، وهذا هو ظاهر الرواية.

وقال في «المبسوط»: وإن ماتَ أحد المستأجرين حتى بطل العقد في نصيبه، فقد ذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه يفسد العقد في حق الأجر؛ لأن الإجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، فكان هذا في معنى شيوع يقترن بالعقد، وفي ظاهر الرواية يبقي العقد في حق الأجر؛ لأن تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه، فأمَّا أصل العقد فمنعقد لازم في الحال، وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن، كما في الهبة إذا وهبَ له جميع الدار وسلَّمها ثم رجع في نصفها، وبخلاف ما إذا أجر من رجلين، فإن تسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر، ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما، وهو نظير الرهن

جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ بِتَفَرُّقِ المِلْكِ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئٌ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وَلِأَنَّ التَّعَامُلَ بِهِ كَانَ جَارِيًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَبْلَهُ وَأَقَرَّهُمْ عَلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: إِنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَى المَنَافِعِ وَهِيَ خِدْمَتُهَا لِلصَّبِيِّ وَالقِيَامُ بِهِ وَاللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ.

من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الأسرار»: وكلام أبي حنيفة رحمه الله أدق وكلامهما أظهر؛ لأن أصل المنفعة قائمة مع الشيوع.

وقوله: بِتَفَرُّقِ المِلْكِ، بالباء الجارة.

قوله: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ، اعلم أن القياس يأبي جواز إجارة الظئر؛ لأنَّها ترد على استهلاك العين مقصودًا وهو اللبن، فكان بمنزلة ما لو استأجر شاةً أو بقرةً مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها، لكن جوزناها استحسانـًا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودًا، وإنما يقع على فعل التربية، والحضانة، وخدمة الصبي، واللبن يدخل فيها تبعًا لهذه الأشياء.

ومثل هذا جائز كما لو استأجر صباغـًا يصبغ له الثوب فإنَّها جائزة، وطريق الجواز أن يجعل العقد واردًا على فعل الصباغ، والصبغ يدخل فيه تبعًا فلم تكن الإجارة واردة على استهلاك العين مقصودًا، وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة؛ لأن هناك عقد الإجارة يرد على استهلاك العين مقصودًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: ثُمَّ قِيلَ: إِنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَى المَنَافِعِ، وهذا القول اختيار صاحب «الذخيرة»، و«الإيضاح»، وصاحب «الهداية» كما ترى، **وقوله:** وَالأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الفِقْهِ.

وَقِيلَ إِنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ، وَالخِدْمَةُ تَابِعَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ شَاةٍ لا تَسْتَحِقُّ الأَجْرَ. وَالأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الفِقْهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ لا يَنْعَقِدُ عَلَى إِتْلَافِ الأَعْيَانِ مَقْصُودًا، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَقَرَةً؛ لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا. وَسَنُبَيِّنُ العُذْرَ عَنِ الإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا يَصِحُّ إِذَا كَانَتِ الأُجْرَةُ مَعْلُومَةً اعْتِبَارًا بِالِاسْتِئْجَارِ عَلَى الخِدْمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا:

قوله: وَقِيلَ إِنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ، وَالخِدْمَةُ تَابِعَةٌ، وهذا القول اختيار الإمام المحقق، شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، فقال في «المبسوط»:

وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة، وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه، فأما اللبن فتبع فيه؛ لأنه عين والعين لا يستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام، ثم قال: والأصح أن العقد يرد على اللبن؛ لأنه هو المقصود، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع، والمعقود عليه ما هو المقصودُ وهو منفعة الثدي، ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به، هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله، فإنه قال: استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة، وقد ذكر في الكتاب أنَّها لو ربَّت الصبيَّ بلبن الأنعام لا تستحق الأجر وقد قامت بمصالحه، فلو كان اللبن تبعًا ولم يكن البدل بمقابلته لاسْتَوْجبت الأجر.

قلتُ: عجبًا لمن تبع بعد هذا الإمام الكبير، ذي العلم الغزير، شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بزمان طويل، ورأى مثل هذا الدليل الواضح، والبرهان اللائح، فيما اختاره والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله، ثم يختار قولًا خلافَ اختياره، وليس هذا إلا كقول القائل:

كَذَاكَ الحيُّ يَغْلبُ أَلفُ مَيْتِ

ومن رأى ما قصَّه من قصته في آخر الجامع الكبير، علم حينئذٍ أنه لم يكن هو بمقابلة

لا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّ الأُجْرَةَ مَجْهُولَةٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلْخَبْزِ وَالطَّبْخِ. وَلَهُ أَنَّ الجَهَالَةَ لا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ فِي العَادَةِ التَّوْسِعَةَ عَلَى الأَظْآرِ شَفَقَةٌ عَلَى الأَوْلادِ فَصَارَ كَبَيْعِ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ، بِخِلَافِ الخَبْزِ وَالطَّبْخِ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ سَمَّى الطَّعَامَ دَرَاهِمَ وَوَصَفَ جِنْسَ الكِسْوَةِ وَأَجَلَهَا وَذَرْعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ) يَعْنِي بِالإِجْمَاعِ. وَمَعْنَى تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ أَنْ يَجْعَلَ الأُجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ، وَهَذَا لا جَهَالَةَ فِيهِ (وَلَوْ سَمَّى الطَّعَامَ وَبَيَّنَ قَدْرَهُ جَازَ أَيْضًا) لِمَا قُلْنَا، وَلا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ.

غيره إلا كواحد من الألف في العدد، وأن ليس لأحد في مقاومته من مدد.

قوله: فَإِنْ سَمَّى الطَّعَامَ دَرَاهِمَ، إلى أن قال: **وَمَعْنَى تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ أَنْ يَجْعَلَ الأُجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ،** وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، ولكن يحتمل أن يكون معناه: إن سمَّى الدراهم المقدَّرة بمقابلة طعامها، ثم أعطى الطعام بإزاء الدراهم المسمَّاة؛ لأنه ذكر في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله:

أمَّا إذا سمَّى الطعام دراهمَ فإنما معناه أن يجعل الدراهم بدلًا فلا شك في جوازه، ثم يستبدل له طعامًا فيصح، وكتب في حاشيته بالفارسية منقولًا عن العلامة مولانا شمس الدين الكردري رحمه الله: يعني: (دَهْ دينار از بَهر طعام بعد ازين بمقابله وَى طعام داد).

قوله: جَازَ أَيْضًا؛ لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله: لا جَهَالَةَ فِيهِ.**

قوله: لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ، أي: أوصاف الطعام على تأويل الحنطة أوصاف الأثمان من وجوبه في الذمة إذا كان دينًا في عامة المعاملات، بخلاف الثياب، ولمَّا كان أثمانًا لا يشترط تأجيله كما في سائر الأثمان، هذا احتراز عن الطعام إذا كان مسلماً فيه؛ لأن الطعام فيه مبيع مع كونه دينًا، فاشترط تأجيله بالسنة.

(وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي البُيُوعِ (وَفِي الكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الأَجَلِ أَيْضًا مَعَ بَيَانِ القَدْرِ وَالجِنْسِ)؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ إِذَا صَارَ مَبِيعًا، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَبِيعًا عِنْدَ الأَجَلِ كَمَا فِي السَّلَمِ. قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا)؛ لِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّ الزَّوْجِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ صِيَانَةً لِحَقِّهِ، إِلَّا أَنَّ المُسْتَأْجِرَ يَمْنَعُهُ عَنْ غِشْيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ؛ لِأَنَّ المَنْزِلَ حَقُّهُ (فَإِنْ حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبَنِهَا)؛ لِأَنَّ لَبَنَ الحَامِلِ يُفْسِدُ

قوله: وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ، إذا كان له حمل ومؤنة.

قوله: إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ، أي: بعقد الإجارة.

وفي «المبسوط»: فإن كان لها زوج فأجَّرت نفسها للضَّرورة بغير إذنه، فللزوج أن يبطل الإجارةَ، قيل: هذا إذا كان الزوج ممَّن يشينُه أن تكون زوجته ظئرًا، فلدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ العقد، فأمَّا إذا كان ممَّن لا يشينه ذلك لا يكون له أن يفسخ العقد، والأصح أن له ذلك في الوجهين؛ لأنَّها إن كانت مرضعة في بيت أبويه فللزوج أن يمنعها من الخروج عن منزله، وإن كانت مرضعة في بيت نفسها فللزوج أن يمنعها من إدخال صبي الغير منزله؛ ولأنها في الإرضاع والسَّهر بالليل تتعبُ وذلك ينقصُ من جمالها، وجمالُها حق الزوج، فكان له أن يمنعها من الإضرار به في حقه كما يمنعها من التطوعات، وهذا إذا كان زوجها معروفًا، فأمَّا إذا كان مجهولًا لا يعرف أنَّها امرأته إلا بقولها فليس له أن ينقض الإجارة؛ لأن العقد قد لزمها، وقولها غير مقبول في حق من استأجرها؛ ولأنه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل، وهو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال، فأقرَّت بالرق على نفسها لا تصدّق في إبطال النكاح.

قوله: فَإِذَا حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبَنِهَا؛ لِأَنَّ

الصَّبِيِّ وَلِهَذَا كَانَ لَهُمُ الفَسْخُ إِذَا مَرِضَتْ أَيْضًا (وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلِحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ)؛

لَبَنَ الحَامِلِ يُفْسِدُ الصَّبِيَّ، فكان الخوف عذرًا لهم حتى قيل لامرأة من العرب يقال لها: أم تأبط شرًّا: ما أحسن شباب ابنك، قالت: لأنّي ما حملته وُضعًا، ولا وضعته يتنًا، ولا أبتُّه مَئِقًا، ولا أرضعته غيلًا، ولا أطعمته كبدًا، ولا أسقيته هُدَبِدًا، فقيل في معناه: التأبط جعل الشيء تحت إبطه، سُمِّيت هي بهذا الاسم؛ لأن ابنها قطع رأس إنسان وجعله تحت إبطه فسُمِّيت أم تأبط شرًّا، وقيل: كان ابنها وهو ثابت بن جابر الفهمي، سُمِّي بتأبط شرًّا؛ لأنه كان لا يُفارقه السيف.

وقوله: وُضعًا، بضم الواو، أي: ما حملته في آخر الطهر في مُقْبل الحيضة، واليتن: أن تخرج رِجلا الولد قبل يديه في الولادة، الإباتة: من البيتوتة: (شب گذرانيدن)، المأَقَةُ: بالتحريك شبه الفُواقِ، أن يأخذ الإنسان عند البكاء والنشيج، كأنه نفس يقلعه من صدره، يعني: ما باتَ باكيًا، الغَيل: بالفتح اسم اللبن الذي ترضعه وهي حامل، والكبد: معروف، الهُدَبِدُ: اللبن الخاثرُ جدًّا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

فالحاصل أن العقد لازم من الجانبين إلا أن الإجارة تفسخ بالعذر عندنا، ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبيُّ من لبنها فيفوتُ به ما هو المقصود، وكذلك إذا تقيا لبنها لأن ذلك يضر بالصبي عادةً، وكذلك إذا حبلت؛ لأن لبنها يفسد بذلك، وكذلك إذا كانت سارقة فإنَّهم يخافون على متاعهم إذا كانت في بيتهم، ومتاع الصبي وحليه إذا كانت معه، وكذلك إذا كانت فاجرة بيِّنا فجورها؛ لأنها تشتغل بالفجور وبحسبها ينتقص من قيامها بمصالح الصبي، وهذا بخلاف ما إذا كانت كافرة؛ لأن كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي، ولا يبعد أن يقال: عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر، ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرُّسل عليهم السلام كافرة، كامرأة نوح ولوط عليهما السلام، وما بغت امرأة نبي قط، هكذا قال رسول الله صلّى الله عليه وسلَّم، وكذلك إذا أرادوا سفرًا فتأبى أن يخرج معهم فهذا عذر.

وأمَّا عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع؛ لأنَّها تتضر بذلك، ولهم أن يخرجوها إذا مرضت، وكذا إن لم يكن زوجها سلم الإجارة فله أن يخرجها لما ذكرنا،

لِأَنَّ العَمَلَ عَلَيْهَا. وَالحَاصِلُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيمَا لا نَصَّ عَلَيْهِ العُرْفُ فِي مِثْلِ هَذَا البَابِ، فَمَا جَرَى بِهِ العُرْفُ مِنْ غَسْلِ ثِيَابِ الصَّبِيِّ وَإِصْلَاحِ الطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ عَلَى الظِّئْرِ

وكذلك إن لم تكن معروفة بالضَّرورة فلها أن تفسخ؛ لأنَّها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلي به أنه من المقاساة والشهر، فإذا جربت ذلك تضررت به؛ ولأنَّها تعيَّر بهذا العمل على ما قيل: تَجُوعُ الْحُرَّةِ وَلَا تَأْكُلُ بِثَدْيِهَا، وما كانت تعرف ما يلحقها من الذل إذا لم تكن معروفة بذلك، فإذا عرفته كان لها أن تفسخ العقد، وكذلك إذا لم يكفُّوا عن إيذائها بألسنتهم كان لها أن تخرج، كذا في «المبسوط».

ولو استأجر امرأته لترضع ولده منها فأرضعت، ذكر شمس الأئمة السرخسي والقدوري رحمهما الله أنه لا أجر لها؛ لأن ذلك مستحق عليها ديانة، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وإن كانت لا تجبر على ذلك فلا تستوجب الأجرَ، كما لو استأجرها على كنس البيت، والطبخ، والغسل وغير ذلك، هذا إذا استأجر امرأته لترضع ولده منها على أن يكون الأجر على الأب من ماله، فإن كان للصغير مال فاستأجر الأبُ امرأته على إرضاع ولده روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه تصح الإجارة ويكون لها الأجر؛ لأن الإرضاع بمنزلة النفقة، وإذا كان للصغير مال لا تجب نفقته على والديه، فكان لها الأجر في مال الصغير، وبعض المشايخ أخذوا بهذه الرواية.

وإن استأجرها الرجل لإرضاع ولده من غيرها جازت الإجارة وكان لها الأجر؛ لأن ذلك غير مستحق عليها ديانةً، وإن استأجر الرجل خادمَ امرأته ليرضع ولده منها لا يجب الأجر، وإن استأجر مكاتبتها جاز، وإذا دفعت الظئر الصبي إلى خادمتها حتى ارضعته فلها الأجر كاملًا استحسانـًا؛ لأنه لم يشترط عليها الإرضاع بثديها، فهو نظير من استأجر قصَّارًا ليقصر له ثوبًا، أو خياطـًا ليخيط له ثوبًا، ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره فإنه يستحق الأجر، كذا هاهنا، بخلاف ما إذا شرط عليها الإرضاع بنفسها، كذا في «الذخيرة»، و«فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَيْهَا، أي: العمل الراجع إلى منفعة الصبي على الظئر.

أَمَّا الطَّعَامُ فَعَلَى وَالِدِ الوَلَدِ، وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظِّئْرِ فَذَلِكَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ الكُوفَةِ. (وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي المُدَّةِ بِلَبَنِ شَاةٍ فَلَا أَجْرَ لَهَا)؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا، وَهُوَ الإِرْضَاعُ، فَإِنَّ هَذَا إِيجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ، وَإِنَّمَا

قوله: لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا، وَهُوَ الإِرْضَاعُ، يعني: لا باعتبار أن المعقود عليه هو لبن الظئر وهو العين، بدليل أن الصبيَّ لو أوجر بلبن الظئر في المدة لا يستحق الأجر، فعُلِم بهذا أن المستحق هو الإرضاع والعمل دون العين، كذا في «الأوضح».

ولكن يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عند الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

فإن قلتَ: الظئر هي أجير خاص أم أجير مشترك؟ قلتُ: قد دلَّ لكل واحد منهما دليل مع رجحان جهة الخاص، فقال في «المبسوط»: ولو ضاع الصبي من يديها، أو وقع فماتَ، أو سُرق من حليّ الصبي، أو من ثيابه شيء لم يضمن الظئر شيئاً؛ لأنَّها بمنزلة الأجير الخاص، فإن العقد ورد على منافعها في المدة، ألا ترى أنه ليس لها أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل، والأجير الخاص أمين فيما في يده، بخلاف الأجير المشترك على من يضمّنه.

وذكر في «الذخيرة»: وإن آجرت الظئر نفسَها من قوم آخرين ترضع صبيًّا لهم ولا يعلم بذلك أهلها الأولون، حتى يفسخوا هذه الإجارة فأرضعت كل واحدٍ منهما وفرغت فقد أثمت، وهذه جناية منها ولها الأجر كاملًا على الفريقين، وهذا الجواب لا يشكل إذا قال أبُ الصغير للظئر: استأجرتُك لترضعي ولدي هذا سنةً بكذا؛ لأنَّ الظئر في هذه الصورة تصير أجير مشترك؛ لأن الأب أوقع العقد أوَّلًا على العمل، إنَّما يشكل فيما إذا قال لها: استأجرتكِ سنةً لترضعي ولدي هذا بكذا؛ لأنَّها أجير وحد في هذه الصُّورة؛ لأنه أوقع العقد على المدَّة أولًا، وليس لأجير الوحد أن يؤاجر نفسه من آخر، وإذا أجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم، والوجه في ذلك أن أجير الوحد في الرِّضاع يُشبه الأجيرَ المشترك من حيث أنه يمكن إيفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخيَّاط والقصَّار، ثمَّ لو كانت

لَمْ يَجِبْ الأَجْرُ لِهَذَا المَعْنَى أَنَّهُ اخْتَلَفَ العَمَلُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ. وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ فَالإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ)؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الأَجْرَ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ

أجير وحدٍ من كل وجه لم يستحق الأجر كملًا على الأول ويأثم بما صنعت، ولو كانت أجير مشترك من كل وجه استحقت الأجر كملًا ولم تأثم، فإذا كانت بينهما قلنا بأنَّها تستحق الأجر كَملًا لشبهها بالأجير المشترك، وقلنا بأنَّها تأثم لشبهها بالأجير الوحد.

وقوله: أَنَّهُ اخْتَلَفَ العَمَلُ، بدل من **قوله: لِهَذَا المَعْنَى**، أي: إنما يجب الأجر لاختلاف العمل.

قوله: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ، قال: فهو هو باطل؛ لنهي النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن قفيز الطحان، وهذا في معناه، قال رضي الله عنه: وكان شيخنا الإمام، يعنِي به الإمام شمس الأئمة الحلوانِي رحمه الله يحكي عن أستاذه القاضي الإمام أبي على النسفي رحمه الله: إنا نفتي بجواز هذا العقد في ديارنا بنسف؛ لأن فيه عرفًا ظاهرًا في ديارنا، ولو لم نجوّزه إنما لم نجوّزه بالقياس على المنصوص، والقياس قد يُترك بالعرف كما في الاستصناع.

قال رضي الله عنه: وعندي إنما ذكره في الكتاب أصح؛ لأن هذا في معنى قفيز الطحان من كل وجه، فيكون الحكم فيه ثابتًا بالنص لا بالقياس، ثم لو صحَّ هذا العقد صار هو شريكًا بأول جزء بقيمة من العمل، فإنما يعمل بعد ذلك فيما هو شريكٌ فيه، وعمل أحد الشريكين فيما هو شريك فيه لا يوجب له الأجر، فإذا ثبتَ بطلان العقد كان الثوبُ لصاحب الغزل؛ لأن الحائك نسجه من غزله بأمره وللحائك أجر مثله؛ ولأنه ابتغى عن منافعه عوضًا ولم ينل؛ ولأن صاحب الثوب استوفى عمله بعقد فاسد فيكون له أجر مثله، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وذكر المعنى فيما نَهى النبي صلَّى الله عليه وسلَّم عن قفيز الطحان في «المبسوط»

مِنْ عَمَلِهِ فَيَصِيرُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْهُ، وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ لَهُ حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِهِ. وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ

فقال: لأن العقد فاسد، فإنه لو صحَّ كان شريكاً بأول جزء من العمل، والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر، ثم الأجر إمَّا أن يلتزمه في الذمة أو في عين موجودة وهو ما التزمه في ذمته، ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد.

وقال في «الذخيرة»: والمعنى فيه أنه جعل الأجر شيئاً معدومًا؛ لأنه جعل الأجر بعض الدقيق الذي يخرج من عمله، وإنه معدوم في الحال وليس له حكم الوجود؛ لأنه غير واجب في الذمة؛ لأنه إنما يجب في الذمة ما له وجود في العالم، والبدل في المعاملات يجب أن يكون موجودًا حقيقة كالعين، أو حكماً كالثمن، والحيلة في ذلك لمن أراد الجواز أن يشترط صاحب الحنطة قفيزًا من الدقيق الجيد، ولم يعين من هذه الحنطة؛ لأن الدقيقَ إذا لم يكن مضافاً إلى حنطة بعينها يجب في الذمة، ثم إذا جاز يعطيه دقيق هذه الحنطة إن شاءَ، ثم قال:

ومشايخ بلخ كنصير ابن يحيى، ومحمد بن سلمة رحمهما الله كانوا يفتون بجواز هذه الإجارة في الثياب؛ لتعامل أهل بلدهم في الثياب، والتعامل حجة يترك به القياس، ويخص به الأثر، وتجويز هذه الإجارة في الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان؛ لأن النص ورد في قفيز الطحان لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره فيكون واردًا فيه دلالةً، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك، وعملنا بالنص في قفيز الطحان كان تخصيصًا لا تركاً أصلًا، وتخصيص النص بالتعامل جائز، ألا ترى أنا جوزنا الاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده وإنه منهيّ عنه.

ولكن قيل: تجويز الاستصناع بالتعامل تخصيصٌ منًّا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا تركاً للنصِّ أصلًا؛ لأنَّا عملنا بالنص في غير الاستصناع، قالوا: وهذا بخلاف ما لو تعامل أهل بلدةٍ قفيز الطحان فإنه لا يجوز، ولا يكون لتعاملهم غيره؛ لأنَّا لو اعتبرنا تعاملهم كان تركاً للنص أصلًا؛ لأنه متى انتسخ النص فيما ورد فيه لا يجوز العمل بدلالته في غير ما ورد فيه، فكان تركاً للنص أصلًا، وبالتعامل لا يجوز تركُ النص أصلًا

بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الإِجَارَاتِ، لا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا، وَالمَعْنَى فِيهِ أَنَّ المُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الأَجْرِ وَهُوَ بَعْضُ المَنْسُوجِ أَوْ المَحْمُولِ. إِذْ حُصُولُهُ بِفِعْلِ الأَجِيرِ فَلَا يُعَدُّ هُوَ قَادِرًا بِقُدْرَةِ غَيْرِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الآخَرِ حَيْثُ لا يَجِبُ لَهُ الأَجْرُ؛ لِأَنَّ المُسْتَأْجِرَ مَلَكَ الأَجِيرَ فِي الحَالِ

وإنما يجوز تخصيصه، ولكن مشايخنا لم يجوّزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وبتعامل أهل بلدة واحدة لا يختص الأثر؛ لأن تعامل أهل بلدة واحدة إن كان يجوّز التخصيص فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك، بخلاف الاستصناع فإنه وجد التعامل فيه في البلاد كلها.

وذكر صدر الإسلام رحمه الله في «المبسوط»، و«الجامع الصغير»: وكان الفقه في النهي عن قفيز الطحان ونظائره أنه جعل شرط صحة العقد بناءً على حكم العقد؛ لأنه لا يقدر على تسليم الأجر إلا بعد الطحن، والنسج، والحمل، وهذه الأشياء أحكام العقد، وشرط العقد لا يجوز أن يكون حكم العقد؛ لأنه خلاف وضع الشرع، فلا يجوز أن يكون الشرط بناءً على حكم العقد؛ ولأن الشرط وهو القدرة على التسليم حينئذٍ لا يوجد إلا بحكم العقد، وحكم العقد لا يتصور بثبوته إلا بشرط العقد، فلا يتصور ثبوت أحدهما لتوقف كل واحدٍ منهما على وجود صاحبه.

قوله: وَالمَعْنَى فِيهِ أَنَّ المُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الأَجْرِ، والقدرة على تسليم الأجر حالة العقد حقيقةً، أو حكماً، أو توهماً، شرط صحة العقد، وليس للمستأجر قدرة تسليم دقيق هذه الحنطة لا حقيقةً، ولا توهمًا حالة العقد؛ لأنه معدوم فلا يصح العقد.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الآخَرِ حَيْثُ لا يَجِبُ لَهُ الأَجْرُ؛ لا المسمى، ولا أجر المثل.

اعلم أن هاهنا مسألتين:

إحداهما: ما إذا استأجر رجلًا ليحمل له كر حنطة إلى بغداد مثلًا بنصفه كانت الإجارة

بِالتَّعْجِيلِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا.

فاسدة، وللأجير أجر مثله إن كان بلغ إلى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكرّ.

والثانية: هي أن يستأجِرَه ليحمل نصفه إلى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع إليه كله، ولا أجرله هاهنا، والتي ذكرها في الكتاب **بقوله**: بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الآخَرِ، هي هذه المسألة، وهي من مسائل إجارات «الجامع الكبير»، وبناء الباب على أصلين:

أحدهما: أن الإجارة متى فسدت مع قيام المعقود عليه وجبَ أجر المثل عند التسليم، ومتى بطلت الإجارة لعدم المعقود عليه لم يجب الأجر بحال.

والثاني: أن تسليم الأجرة متى وجد على وجه التمليك وجبَ الملك في الأجرة بحكم التعجيل، وإذا ثبتَ هذا فنقول: ففي المسألة الأولى استوفى صاحب الطعام منافع الأجير بحكم إجارة فاسدة؛ لأنه في معنى قفيز الطحان، لأن الحنطة إنَّما تصير محمولة بعمل الأجير كالدَّقيق يوجد بعمل الأجير، فكان في معنى قفيز الطحان فيكون النهي الواردُ ثمَّة واردًا هاهنا، واستيفاء المنفعة بحكم الإجارة الفاسدة توجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل.

ولا يقال: ينبغي أن يجعل بالقبض مالكـًا لنصف الكرّ وإن كان العقد فاسدًا، حتى لا يستوجب أجر المثل؛ لأنا نقول: إن المستأجر إنما يستأجره ليحمل جميع الطعام له، فلو صار مالكـًا لكان حاملًا لنفسه.

وأمَّا في المسألة الثانية: وهي ما إذا استأجره ليحمل نصفه إلى بغداد بنصفه الباقي ودفع إليه إنما سلَّمه إليه على سبيل التمليك لنصف الكرّ من قبل أنَّ البدل هنا نصف كرّ مطلق، لا نصف كرّ محمولٍ إلى بغداد، فصار بتسليم الكرّ إليه معجلًا الأجرة فملكها بنفس القبض، بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك شرط المستأجر على الأجير حمل جميع الطعام لنفسه، أي: لنفس المستأجر، ثم جعل نصف المحمول للأجير، فقبل الحمل لا يوجد الأجر فلا يملك الأجير شيئـًا من الطعام، وإذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل؛ لأنه صار شريكـًا في الكرّ قبل إيفاء شيءٍ من المعقود عليه، وما قبل التسليم في الإجارة بمنزلة ابتداء العقد، ولو ابتدأ

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا لا يَجِبُ الأَجْرُ)؛ لِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فِيهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ.

(وَلا يُجَاوِزُ بِالأَجْرِ قَفِيزًا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتِ الإِجَارَةُ فَالوَاجِبُ الأَقَلُّ مَا سَمَّى وَمِنْ أَجْرِ

العقد على العمل في شيءٍ العامل فيه شريك المستأجر بطلت الإجارة، فكذلك هذا، وإذا بطلت الإجارة لم يجب الأجر، كذا في «الجامع الكبير» لشمس الأئمة السرخسي، وصدر الدين الحميدي رحمهما الله تعالى.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: والحاصل أنه متى قال المستأجر: استأجرتك لتحمل هذا الكر بنصفه، لا يصير شريكـًا، ومتى قال: لتحمل نصف هذا الكر بنصفه الباقي يصير شريكـًا، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله بعد ما ذكر مسألة الحائك ينسجه بالنصف فقال: وكذا لو استأجر رجلًا أو حمارًا يحمل طعامًا بقفيز منه محمولًا، أو استأجر طحانـًا يطحن بقفيز دقيق منها فالإجارة فاسدة، بخلاف الطعام المشترك استأجر أحدهما شريكه، أو دابته، أو غلامه ليحمله أو يطحنه حيث لا يجب شيء، والأصل فيه كل شيء استأجره أحدهما من شريكه ممَّا يكون منه عمل لا يجوز، وإن عمل فلا أجر له، وكل شيءٍ ليس يكون منه العمل استأجره أحدهما من شريكه فالإجارة جائزة، مثل أن يستأجر منه بيتًا، أو جوالقًا يحرز فيه طعامًا مشتركـًا، أو سفينة للنقل، أو رحًى للطحن.

وقوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا، بعد قوله: فَصَارَ حاملًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، تقرير المسألة الأولى وتتمتها في أنه: **لا يَجِبُ لَهُ الأَجْرُ** أصلًا؛ يعني: والحال أن: من استأجر رجلًا يحمل طعامـًا مشتركـًا بينهما لا يجب الأجر، وهذا الحكم لمَّا كان ثابتـًا فيمن يحمل الطعام المشترك وجبَ أن يكون في مسألتنا، وهي ما إذا استأجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر كذلك؛ لما ذكرنا أن المستأجر ملك الأجر في الحال بالتعجيل فكان الطعام مشتركـًا بينهما، والحكم في حامل المشترك عدم وجوب الأجر.

وقوله: وَلا يُجَاوِزُ بِالأَجْرِ قَفِيزًا، متصل بقوله: وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ

المِثْلِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحَطِّ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا اشْتَرَكَا فِي الِاحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ المُسَمَّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصِحَّ الحَطُّ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِزَ لَهُ هَذِهِ العَشَرَةَ المَخَاتِيمَ مِنَ الدَّقِيقِ اليَوْمَ بِدِرْهَمٍ فَهُوَ

طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ؛ لا بما يتصل به؛ لأن فيما يتصل به لا أجر للحامل لحمله طعامًا مشتركًا، فكيف يستقيم قوله: وَلَا يُجَاوِزُ بِالأَجْرِ قَفِيزًا؟ ثم نصب: قَفِيزًا، على قول من بجواز إسناد الفعل إلى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار والمجرور، وهو ضعيف وقد مرَّ في الحج وغيره.

قوله: لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحَطِّ الزِّيَادَةِ، أي: الزيادة على أحدهما من المسمى ومن أجر المثل، أمَّا رضاه بالمسمى فعقده عليه دليل على رضاه به، وأمَّا رضاه بأجر المثل فإقدامه على الإجارة الفاسدة والإجارة إذا فسدت، فالواجب أجر المثل.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إذَا اشْتَرَكَا فِي الِاحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ، - هذا إذا كان احتطب أحدهما وجمع الآخر، فيجب أجر المثل لمن جمع على الذي احتطب بالغًا ما بلغ - عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وأمَّا عند أبي يوسف رحمه الله لا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك؛ لأنه قد رضي بنصف المسمَّى حيث اشترك، كما لو استأجر حمالًا ليحمل له حنطة إلى موضع كذا بقفيز منها لا يجاوز به ما سمَّى، وأمَّا إذا احتطبا جميعًا وجمعا فكانا مشتركين على السّواء من غير إيجاب الأجر لأحدهما على الآجر، وقد مرَّت هذه المسألة بتمامها في الشركة.

قوله: لِأَنَّ المُسَمَّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، أي: لأن نصف الحطب غير معلوم وقت العقد.

المختوم: الصاع بعينه، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون مختومًا»، وإنما سمي به؛ لأنه يجعل على أعلاه خاتم مطبوع كي لا يزاد ولا ينقص، كذا في «المغرب» و«حاشيته»، وذكر في إقرار «المبسوط»: المختوم والقفيز واحد.

وقوله: هَذِهِ العَشَرَةَ المَخَاتِيمَ ... اليَوْمَ، بنصب العشرة على أنَّها صفة: هَذِهِ، المفعول

فَاسِدٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ المَعْقُودَ عَلَيْهِ عَمَلًا وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الوَقْتِ لِلِاسْتِعْجَالِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ فَتَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ. وَلَهُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الوَقْتِ يُوجِبُ كَوْنَ المَنْفَعَةِ مَعْقُودًا عَلَيْهَا وَذِكْرَ العَمَلِ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ وَلَا تَرْجِيحَ،

بها، وجر المخاتيم على مذهب أهل الكوفة كما في قولهم: الثلاثة الأثوابِ، والخمسة الدراهمِ، بجر الأثواب والدراهم، ونصب: اليَوْمَ، على الظرفية.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي الإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ، إنما قيَّد بقوله: فِي الإِجَارَاتِ، أي: في إجارات «المبسوط»؛ لأنه لم يذكر قولهما في «الجامع الصغير».

وذكر في «المبسوط» في باب الإجارة الفاسدة: وفي قولهما يجوز استحسانًا، ويكون العقد على العمل دون اليوم، حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملًا، وإن لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد؛ لأن المقصود هو العمل وهو معلوم، وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به، فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أسرع أوقات الإمكان.

قوله: لِأَنَّ ذِكْرَ الوَقْتِ يُوجِبُ كَوْنَ المَنْفَعَةِ مَعْقُودًا عَلَيْهَا؛ - إذ الوقت يختص لتقدير المنافع- وَذِكْرَ العَمَلِ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ، والجمع بينهما، أي: بين المنفعة والعمل غير ممكن؛ لأن العمل متى صار معقودًا عليه لا يجب الأجر إلا بالعمل، ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الأجر بتسليم النفس، وليس أحدهما بأَوْلَى من الآخر في الاعتبار؛ لأن كل واحدٍ منهما يصلح معقودًا عليه في باب الإجارة، ألا ترى أنه لو استأجر رجلًا ليخبز له اليوم ولم يبين القدر يجوز، ولو استأجره على أن يخبز له عشرة مخاتيم دقيق ولم يذكر الوقت أيضًا يجوز، فثبتَ أن كل واحد منهما يصلح أن يكون معقودًا عليه، وأغراض الناس مختلفة فيفسد العقد لجهالة المعقود عليه، وقد تفضي هذه الجهالة إلى المنازعة، فإنه إذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر أن يقول: منافعك في بقية اليوم حقي باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك، وإذا لم يفرغ من العمل في اليوم فللأجير أن يقول عند مضي

وَنَفْعُ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي وَنَفْعُ الأَجِيرِ فِي الأَوَّلِ فَيُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

اليوم: قد انتهى العقد بانتهاء المدَّة، وإن كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصودة للأجير، فليست البناء على مقصود أحدهما بأَوْلَى من البناء على مقصود الآخر، فجهل المعقود عليه يوجب فساد العقد.

فإن قلتَ: يشكل على هذه مسألة الخياط بطريق الترديد، فإنه إذا دفع إلى خياطٍ ثوبًا ليخيطه قميصًا وقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم، فالشرط في اليوم الأول جائز عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى لو خاطه في اليوم يجب درهم على ما يجيء، فجعل ذكر اليوم هناك للتعجيل حتى أجاز العقد، وإن جمع بين الوقت والعمل ولم يجعل ذكر اليوم عند الإفراد هاهنا للتعجيل بل للتأقيت، وهي مسألة المخاتيم، فجعل العقد منعقدًا إمَّا على تسليم النفس في المدة، أو على حقيقة العمل فتمكَّنت الجهالة في المعقود عليه.

قلتُ: إن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة، فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز، وفي حالة الاجتماع قام الدليل على إرادة المجاز وهي نقصان الأجر للتأخير، فصار المجاز وهو التعجيل مرادًا حالة الاجتماع، ولم يقم الدليل على إرادة المجاز حالة الانفراد، فكان التقييد مرادًا فيفسد العقد لذلك.

فإن قلتَ: ما وجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجر رجلًا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم دقيقاً على أن يفرغ عنه اليوم تجوز هذه الإجارة بالإجماع.

قلتُ: وجه الفرق بينهما هو أن اليوم في مسألة الفراغ ما ذُكر مقصودًا، وإنما ذكر لإثبات صفة في العمل، والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد، ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا على أنه خبَّاز أو كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقودًا عليهما مقصودًا حتى لا يقابله شيء من الثمن؛ لأنه صفة، كذا هاهنا.

وأمَّا في مسألتنا اليوم ذكر قصدًا كالعمل وقد أضيف العقد إليهما سواءً، وليس أحدهما في جعله معقودًا عليه بأَوْلَى من الآخر، وأمَّا قولهما بأن ذكر الوقت للتعجيل فيه نظر؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفةٌ، وقد يكون الغرض هو التعجيل، وقد يكون الغرضُ العقدَ

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَصِحُّ الإِجَارَةُ إذَا قَالَ: فِي اليَوْمِ، وَقَدْ سَمَّى عَمَلًا؛ لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ فَكَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ العَمَلَ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ اليَوْمَ وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ.

على المنفعة، فلا يترجح إحدى الرغبتين على الأخرى من غير دليل، وقيل: الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال، وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في أجير الوحد هو أن يقال: إنما يفسد العقد بما يجمع بين الوقت والعمل، وإذا ذكرهما قبل ذكر الأجر، أمَّا إذا ذكر أحدهما وذكر الأجر معه حتى تمَّ العقد ثم ذكر الباقي بينهما لا يفسد العقدُ، حتى لو قال: استأجرتُك اليوم بدرهم على أن تخبز لي هذا القفيز من الدقيق جاز العقد، أمَّا لو قال: استأجرتُك لتخبز لي هذا الدقيق اليوم بدرهم، أو قال: استأجرتُك اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم، فالعقد هاهنا يفسد، وإنما كان كذلك؛ لأن في الوجه الأول لمَّا تمَّ العقد بذكر أحد الشيئين: إمَّا المدة وإمَّا العمل مضمومًا إلى ذكر الأجرة كان ذكر الباقي بعده إمَّا لتعيين العمل أو للتعجيل، فلم يفسد العقد.

وأمَّا في الوجه الثاني؛ فلأنه لمَّا جمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الأجرة، صلح كل واحدٍ منهما مقابلًا بالأجر، وليس أحدهما بأوْلَى من الآخر، هذا كله من «المبسوط»، و«الذخيرة»، وشروح «الجامع الصغير».

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَصِحُّ الإِجَارَةُ إذَا قَالَ: فِي اليَوْمِ، وَقَدْ سَمَّى عَمَلًا؛ لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ، لا للتوقيت، يعني: لو استأجره ليخبز له هذه العشرة المخاتيم في اليوم بدرهمٍ يجوز، ولو قال: في اليوم لا يجوز؛ لأنه إذا قال: فِي اليَوْمِ، والمظروف لا يشتغل جميع الظرف عرفنا أن مراده العمل، وذكر اليوم للاستعجال؛ لما أن العمل لا يستغرق جميع الظرف غالبًا.

قوله: بِخِلَافِ قَوْلِهِ اليَوْمَ، فإن المنفعة مستغرقة لجميع الوقت عملًا باستغراق الظرف، فإن مثل هذا اللفظ مستعمل لاستغراق الوقت، فكان هو أليق بصرفه إلى أجير الوحد؛ لأن استيفاء المنفعة فيه تقديري، حتى أنه لو سلم نفسه ولم يعمل يجعل كأنه عمل في جميع المدة فيستحق الأجر بتمامه.

قوله: وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ، أي: في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان، في مسألة أنتِ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَى أَنْ يَكْرُبَهَا وَيَزْرَعَهَا أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ الزِّرَاعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ بِالعَقْدِ، وَلا تَتَأَتَّى الزِّرَاعَةُ إِلَّا بِالسَّقْيِ وَالكِرَابِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَحَقًّا. وَكُلُّ شَرْطٍ هَذِهِ صِفَتُهُ يَكُونُ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ العَقْدِ فَذِكْرُهُ لا يُوجِبُ الفَسَادَ (فَإِنِ اشْتَرَطَ أَنْ يُثَنِّيَهَا أَوْ يُكْرِيَ أَنْهَارَهَا أَوْ يُسَرْقِنَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ)؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ العَقْدِ، وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ. وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوجِبُ الفَسَادَ؛ لِأَنَّ مُؤَجِّرَ الأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا مَنَافِعَ الأَجِيرِ عَلَى وَجْهٍ يَبْقَى بَعْدَ المُدَّةِ فَيَصِيرُ صَفْقَتَانِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ. ثُمَّ قِيلَ: المُرَادُ بِالتَّثْنِيَةِ أَنْ يَرُدَّهَا مَكْرُوبَةً وَلا شُبْهَةَ فِي فَسَادِهِ. وَقِيلَ أَنْ يُكْرِبَهَا مَرَّتَيْنِ، وَهَذَا فِي مَوْضِعٍ تُخْرِجُ الأَرْضُ الرِّيعَ بِالكِرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ،

طالق في غد، وقال: نويتُ آخر النهار، وقد ذكرنا هناك ما يؤيّده إيضاحًا.

كربَ الأرض كرابًا: قلبها للحرث من باب طلبَ.

قوله: وَقِيلَ أَنْ يُكْرِبَهَا مَرَّتَيْنِ، ... فِي مَوْضِعٍ تُخْرِجُ الأَرْضُ الرِّيعَ بِالكِرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ، وإنَّما قيَّد بهذين القيدين؛ لأنه إذا شرط أن يكربها مرتين في موضع لا يخرج الريع إلا بالكراب مرتين لا يكون هذا الشرط مفسدًا للعقد؛ لأنه حينئذٍ يكون هذا الشرط من مقتضيات العقد، وكذلك لو كانت يخرج الريع بالكراب مرَّة، إلا أن مدة الإجارة كانت بينهما سنتين لا يفسد العقد؛ لأن منفعته تبقى سنة دون سنتين، فلا يكون هو شرطًا فيه نفعٌ لصاحب الأرض فيجوز.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله عن مشايخنا أنَّهم قالوا: هذا الجواب في بلادهم، أمَّا في بلاد الخُضْرة تجوز المزراعة بهذا الشرط؛ لأن منفعة التثنية في بلاد الخُضْرة لا تبقى بعد انقضاء المدة، فإن الأرض وإن كربت مرارًا قل ما تبقى منفعتها إلى العام الثاني.

وَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَ سِنِينَ لا تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ، وَلَيْسَ المُرَادُ بِكَرْيِ الأَنْهَارِ الجَدَاوِلَ بَلِ المُرَادُ مِنْهَا الأَنْهَارُ العِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ فِي العَامِ القَابِلِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى فَلَا خَيْرَ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ، وَعَلَى هَذَا إِجَارَةُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَاللُّبْسِ بِاللُّبْسِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ.

قوله: بَلِ المُرَادُ مِنْهَا الأَنْهَارُ العِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ - احتراز عن قول من قال: بأن المراد منها الجداول - لِأَنَّهُ تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ فِي العَامِ القَابِلِ، هذا دليل الفساد في شرط كري الأنهار العظام، وإنما قلنا هذا؛ لأنه لو اشترط كري الجداول لا يفسد به العقد؛ لأن منفعتها لا تبقى إلى العام القابل فلا بأس به، وذلك لأن اسم الأنهار على الإطلاق لا يتناول الجداول، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى فَلَا خَيْرَ فِيهِ، أي: لا يجوز أصلًا، وكذلك استئجار السكنى بالسكنى، والخدمة بالخدمة، ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ جَائِزٌ، أي: على كل حال اتفق جنس المنفعة أو اختلف، بناءً على أصله أن المنافع كالأعيان القائمة، ومبادلة العين بالعين من جنسه أو من خلاف جنسه صحيحة عند المساواة على كل حال، وعند التفاوت في غير الأموال الربوية والمنافع ليست بمال الربا، فتجوز مبادلة بعضها بالبعض.

ولنا فيه طريقان:

أحدهما: ما هو المنقول عن محمد رحمه الله، قال: مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القُوهِيِّ بالقُوهِيِّ نَسْأَةً.

والطريق الآخر: أن جواز عقد الإجارة للحاجة، فإنما تجوز على وجه ترتفع به الحاجة، وفي مبادلة المنفعة بجنسها لا يتحقق ذلك؛ لأنه كان متمكنًا من السكنى قبل ذلك

لَهُ أَنَّ المَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الأَعْيَانِ حَتَّى جَازَتِ الإِجَارَةُ بِأُجْرَةِ دَيْنٍ وَلا يَصِيرُ دَيْنًا بِدَيْنٍ، وَلَنَا أَنَّ الجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عِنْدَنَا فَصَارَ كَبَيْعِ القُوهِيِّ بِالقُوهِيِّ نَسِيئَةً وَإِلَى هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ، وَلِأَنَّ الإِجَارَةَ جُوِّزَتْ بِخِلَافِ القِيَاسِ لِلْحَاجَةِ

العقد، ولا يحصل بالعقد إلا ما كان متمكنـًا منه باعتبار ملكه، فأمَّا عند اختلاف جنس المنفعة فالحاجة متحققة، وبالعقد يحصل له ما لم يكن حاصلًا قبله، فصاحب السكنى قد يكون له حاجة إلى خدمة العبد أو ركوب الدابة، كذا في «المبسوط».

قوله: حَتَّى جَازَتِ الإِجَارَةُ بِأُجْرَةِ دَيْنٍ، بأن كان لرجل على رجل دين فاستأجر رب الدين من المديون دارًا بذلك الذي في ذمة المديون.

قوله: إِلَى هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ، وهو ما حُكي أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن رحمهما الله في هذه المسألة، فكتبَ في جوابه: إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرةُ، وجالستَ الحنَّائيَّ فكانت منك زلة، أما علمتَ أن السُّكنى بالسكنى كبيع القُوهي بالقوهيِّ نساء، والحِنَّائيُّ اسم محدث يُنكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسألة، وكان يقول: لا برهان لكم عليها، فقال محمد لابن سماعة: كانت مجالستك إيَّاه زلة، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله، و«الفوائد الظهيريَّة».

يقال: ثوبٌ قوهيٌّ، منسوب إلى قوهستان، كورة من كور فارس، الكورة: المدينة.

والمعنى فيه أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال، فإذا اتحد الجنس كان هذا بمنزلة مبادلة الشيءِ بجنسه نسيئةً، وبالجنس يحرم النساء عندنا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسُ.

فإن قيل: النساء ما يكون عن شرط في العقد والأجل هنا غير مشروطٍ، كيف والمنافع في حكم الأعيان دون الديون؛ لأنَّها لو كانت في حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس، فالدين بالدين حرام وإن اختلف الجنسان.

قلنا: لمَّا كان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة في المدَّة، ولا يتصور حدوثه جملة

وَلا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ.

بل يكون ذلك شيئًا فشيئًا، فهذا بمنزلة اشتراط الأجل أو أبلغ منه، فإن المطالبة بالتسليم تتأخر بالأجل، فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لا يثبت في الحال، بل يتأخر إلى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك؛ لأن بالأجل لا يتأخر انعقاد العقد، وهاهُنا يتأخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه، ولكن ليس بدين على الحقيقة؛ لأن الدين ما يثبت في الذمة، والمنافع لا تثبت في الذمة والمحرم الدين بالدين، فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس، وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس.

فإن قيل: إنما حرم بيع الجنس نساءً عندكم؛ لأن النقد خير من النسيئة فتمكن في النقد معنى الفضل فحرُم بأحد وصفي علة الربا، وهاهنا لا فضل فالعدم في البدلين على نمطٍ واحد.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن النص إذا عُلّل تعلق الحكم في الفرع بعلته، وأمَّا في النص بعينه فلا تراعى العلة وتتعلق بعينه وهو أنه ليس يدًا بيد، فإن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد»، فيكون الحرمة فيما إذا لم يكن يدًا بيد بالنص لا بالقياس، فلا يعتبر للحرمة قيام الفضل؛ لأن النص لم يشر إلى الفضل، وإنما جوزت الإجارة استحسانًا بخلاف القياس لحاجة الناس، وإنَّما لم يتحقق الحاجة عند اتحاد الجنس ترجح وجه القياس، بخلاف اختلاف الجنس؛ لأن النساء في الجنس المختلف لا يمنع صحة العقد.

فإن قيل: إذا اختلف الجنس إن كان العقد لا يفسد من هذا الوجه يفسد من وجه آخر؛ لأن المنفعة دين من الجانبين، فينبغي أن لا تجوز وإن كان عند اختلاف الجنس، عملًا بالحديث: «نَهى النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم عن بيع الكالئ بالكالئ».

قلنا: البدلان من حيث الحقيقة وإن لم يكونا عينًا، إلا أن التي لم يصحبها حرف الباء تعتبر عينًا حكمًا؛ لأنَّها معقود عليها والمعاوضة لا بدَّ لها من معقود عليه حالة العقد إذا لم يكن سلمًا، وإذا كان كذلك أقيم محل المنفعة فيما لم يصحبه حرف الباء مقام المنفعة فيكون عينًا، ولا ضرورة فيما صحبه حرف الباء؛ لأن ما صحبه حرف الباء يجوز أن يكون

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ المُسَمَّى؛ لِأَنَّ المَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَبَيْعُ العَيْنِ شَائِعًا جَائِزٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيَضَعَ فِيهَا الطَّعَامَ أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيَخِيطَ لَهُ الثِّيَابَ.

غير عين، ولا ضرورة بناءً إلى اعتباره عينًا، فبقي غير عين حقيقة وحكماً، والآخر صار عيناً حكماً فكان بمنزلة بيع العين نساءً، بخلاف جنسه، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الفوائد الظهيريَّة».

فكان هذا بمنزلة نكاح الشغار، إلا أن هناك يصح النكاح ويبطل الشرط؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وهاهنا يفسد العقد؛ لأنه معاوضة مطلقة فيفسد بالشرط الفاسد، ثم عند اتحاد الجنس إذا استوفى أحدهم المنفعة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية، وذكر الكرخيُّ عن أبي يوسف رحمهما الله أنه لا شيء عليه؛ لأنه تقوم المنفعة بالتسمية، والمسمى بمقابلة المستوفى من المنفعة، والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها، ووجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل، كما لو استأجر دارًا ولم يسم الأجر وسكنها؛ وهذا لأن الفاسد من العقد معتبر بالجائز، فكما أن المنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذلك بالعقد الفاسد، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» للمحبوبي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، إلى أن قال: فَلَا أَجْرَ لَهُ، أي: لا المسمى، ولا أجر المثل، والفرق بين هذا وبين إجارة المشاع على قول أبي حنيفة رحمه الله حيث يجب هناك على من استوفى المنفعة أجر المثل، مع أن إجارة المشاع فاسدة أيضاً عنده، هو أن فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي أوجبه العقد، لا لانعدام الاستيفاء أصلًا، فإذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجبَ أجر المثل، وهاهنا بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلًا من حيث أنه في المحل المشترك عامل لنفسه، وهو في العمل الواحد لا يكون عاملًا لنفسه ولغيره في حالة واحدة، وبدون الاستيفاء لا يجب الأجر في العقد الفاسد، كذا في «المبسوط».

وَلَنَا أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لا وُجُودَ لَهُ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ حُكْمِيٌّ، وَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ لا يَجِبُ الأَجْرُ، وَلِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ الدَّارِ المُشْتَرَكَةِ؛

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لا وُجُودَ لَهُ؛ - فبطل كما قلنا في إجارة ما لا منفعة له - لِأَنَّ الحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ - حتى - لا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ، أي: في نصيب المستأجر في الشائع، بأن يكون نصيبُ المستأجر محمولًا من غير أن يحمل معه نصيب الموجَر، ولمَّا كان كذلك كان الأجير عاملًا لنفسه من وجه، وللمستأجر من وجه، والأجير هو من يكون عاملًا للمستأجر لا غير، وهو فيما يكون عاملًا لنفسه لا يصلح أن يكون أجيرًا، ولمَّا كان الأجير هو الذي يعمل للمستأجر لا غير وهاهنا لم يمكن ذلك صحَّ قولنا: أنه استأجره لعمل لا وجود له، فلمَّا لم يوجد العمل من الأجير في الإجارة الفاسدة لم يستحق الأجر أصلًا؛ لأن أجر المثل إنما يستحق في الإجارة الفاسدة عند العمل، ولم يوجد العمل منه على هذا التفسير فلا أجر له لذلك أصلًا، وهذا الذي قلناه من أنه لا يتصور في الشائع الفعل الحسي؛ لأن الفعل الحسي كالحمل، والضرب، والوطئ يقتضي محلًا حسيًّا في تحقق ذلك الفعل، والفعل الشرعي يقتضي محلًّا شرعيًّا، وعن هذا قلنا: أنه لا يتصور ضربُ النصيب الشائع في العبد المشترك، ووطئ الجارية المشتركة في النصيب الشائع.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ؛ - أو الإعتاق، فإنه يتصور في الشائع - لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ حُكْمِيٌّ.

قوله: بِخِلَافِ الدَّارِ المُشْتَرَكَةِ؛ لأن العقد هناك يرد على المنفعة والبدل بمقابلتها، ولا شركة له في ذلك، ألا ترى أنه لا يتعين عليه حفظ الطعام المشترك بالبيت، وإنه لو سلم البيت إليه في المدة استوجب الأجر وإن لم يحفظ فيه شيئًا، فكان الدار بمنزلة أجير الوحد من حيث أن العقد وارد على المنفعة الحكمية لا على الفعل الحسي، فكان هو نظير البيع في حق قبول التصرف والحكم، فيصح استئجاره للتصرف الحكمي كما يصح البيع.

لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَالِكَ المَنَافِعُ وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ مِلْكُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَأَنَّهُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمْكِنُ إِيقَاعُهُ فِي الشَّائِعِ.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ يَزْرَعُهَا أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا فَالإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ)؛ لِأَنَّ الأَرْضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا، وَكَذَا مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلِفٌ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالأَرْضِ مَا لا يَضُرُّ بِهَا غَيْرُهُ، فَلَمْ يَكُنِ المَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا. (فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الأَجَلُ فَلَهُ المُسَمَّى) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: لا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا، كَمَا إِذَا ارْتَفَعَتْ فِي حَالَةِ العَقْدِ،

قوله: لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ مِلْكُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ، أي: منفعة ملك نصيب صاحبه، فلمَّا كان ذلك منفعة لا فعلًا كالحمل صحَّ إيقاعه في الشائع، كما قلنا في الدار المشتركة أن العقد يرد على المنفعة.

قوله: أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا، أي: استأجر للزراعة ولم يبين أيّ شيء يزرع.

قوله: فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالأَرْضِ مَا لا يَضُرُّ بِهَا غَيْرُهُ، فإن ضرر زراعة القطن، والكتان، والجاورس أكثر من ضرر الحنطة والشعير، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا، فإن قيل: إن ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد، وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالأرض؛ لأنه إن زرعها جاز أن يكون ما زرعها مُضرًّا بالأرض، فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك؛ لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر بقوله: وَكَذَا مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلِفٌ فِيهَا، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالأَرْضِ، وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب

وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الأَجَلَ المَجْهُولَ قَبْلَ مُضِيِّهِ وَالخِيَارَ الزَّائِدَ فِي المُدَّةِ.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَى بَغْدَادَ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ فَحَمَلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَنَفَقَ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ

إلى الجواز بتحقق شيء احتمالُه مفسد للعقد؛ ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولًا لا يتعين إلا بتعيّنهما تصوّنـًا عن الإضرار بأحدهما، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين؛ لما أن العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين، ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك.

وهذا الإشكال الذي قاله صاحب «الفوائد» بقوله: ولي في هذا التعليل إشكال هائل، ثم قال: قلنا: الأصل إجازة العقد عند انتفاء المانع؛ لأن عقود الإنسان تصحح بقدر الإمكان، والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد، ولهذا قال بالجواز عند انتفاء هذا التوقّع.

قوله: لِأَنَّ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتِ الأُجْرَةُ فَاسِدَةً؛ لأن حكم الفاسد إنما يؤخذ من الصحيح؛ إذ لا حكم للفاسد بنفسه؛ لأن مباشره مأمورٌ بنفسه فلا بدَّ أن يؤخذ حكمه من الصحيح.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الأَجَلَ المَجْهُولَ، بأن باع إلى الحصاد أو الديَّاس ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد.

قوله: وَالخِيَارَ الزَّائِدَ فِي المُدَّةِ، بأن شرط الخيار أربعة أيام ثم أسقط اليوم الرابع قبل أن يجيء وقته.

فإن قلتَ: كيف جعل هاتين المسألتين مقيسًا عليهما، وزفر رحمه الله لا يقول بالإنقلاب إلى الجواز عند إسقاط المفسد فيهما جميعًا بعد انعقادهما على الفساد، بل يقول بدوام الفساد فيهما وإن سقط المفسد على ما مرَّ في بابي خيار الشرط والبيع الفاسد.

الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتِ الْأُجْرَةُ فَاسِدَةً (فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَلَهُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى اسْتِحْسَانًا) عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى (وَإِنِ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ) وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ (نُقِضَتِ الْإِجَارَةُ) دَفْعًا لِلْفَسَادِ إِذِ الْفَسَادُ قَائِمٌ بَعْدُ.

قلتُ: فيه وجهان:

أحدهما: أن يكون هذا من قبيل قياس المختلف على المختلف ويكون مثل هذا؛ لإيضاح ما وقع الكلام فيه بما ذكره من المقيس عليه وأن كان هو مختلفًا في نفسه.

والثاني: أن يجعل هاتين المسألتين من المسائل المسلَّمة لإقامة الدليل على الإنقلاب إلى الجواز، وبطلان قول من يقول بدوام الفساد بعد إسقاط المفسد، فكانتاهما بعد ذلك بمنزلة المسائل المجمع عليها، فصحَّ القياس عليهما.

قوله: عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وهو قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ، فإنه لمَّا حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعيَّن الحمل وارتفعت الجهالة المؤدية إلى المنازعة على ما ذكرنا، فانقلب إلى الجواز فوجب الأجر المسمَّى.

قوله: وَإِنِ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ، وذكر الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله: ولو اختصما قبل الحمل إلى القاضي أبطل القاضي عقد الإجارة بينهما؛ لأنه فاسد ما لم يحمل عليه، والله أعلم بالصَّواب.

بَابُ ضَمَانِ الأَجِيرِ

قَالَ: (الأُجَرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ. فَالمُشْتَرَكُ مَنْ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ وَالقَصَّارِ)؛

باب ضمان الأجير

لمَّا ذكر أبواب عقود الإجارات صحيحها وفاسدها، ساقت النوبة إلى ذكر الأحكام بعد عقد الإجارة وهي الضمان، فذكرها في هذا الباب.

قوله: فَالمُشْتَرَكُ مَنْ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ، فإن قلتَ: هذا تعريف يؤول عاقبته إلى الدَّور؛ لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك، ثم لو كان عارفًا للأجير المشترك لا يحتاج إلى هذا التعريف، ولو لم يكن عارفًا له قبل هذا لا يحصل له تعريف الأجير المشترك بهذا؛ لأنه لو عرف الأجير المشترك **بقوله:** هو مَنْ لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ، يحتاج السائل إلى معرفة من لا يستحق الأجر حتى يعمل من هو؟ فلا بد لمن يعرفه بأنه هو الأجير المشترك، وهو عين الدَّور؛ لأنه لا يتم التعريف بذكر المفردات كالصبَّاغ وغيره، فحينئذٍ كان تعريف كل واحد منهما موقوفًا إلى معرفة صاحبه، وما كان أمره موقوفًا إلى الدَّور لا يوجد هو في نفسه خصوصًا في التعريف؛ وذلك لأن المعرف ينبغي أن يكون سابقًا على المعرف، فلو كان المعرَّف هو الذي يعرف المعرف أيضًا كان كل واحدٍ منهما سابقًا على صاحبه، ومثل هذا لا يوجد أصلًا على ما ذكرنا نظيره في باب كفالة الرجلين من كتاب الكفالة.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن هذا تعريف للخفي بما هو أشهر منه في فهوم المتعلمين،

لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إذَا كَانَ هُوَ العَمَلَ أَوْ أَثَرَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ

أو هو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره؛ لأنه ذكر قبل هذا استحقاق الأجر بالعمل **بقوله**: أَوْ بِاسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، في باب الأجر متى يستحق؟ فصار كأنه قال: وما عرفته أن الأجير الذي يستحق الأجر باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك، ومن لم يتوقف استحقاق أجرته إلى العمل كان هو الأجير الخاص؛ لأنه يستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، لكن السَّلف رحمهم الله لمَّا كانوا نافدين للتكلف ومتجنبين عن التعسف، لم يراعوا في التعريف تعريفًا لا يستثبت أمره إلا بزيادة التكلف، اتكالًا لفهوم من يسترشد، واعتمادًا على قلوب من ينصف ويستنجد.

والأولى في تعريف الأجير المشترك والخاص ما ذكره في «المبسوط»، و«الذخيرة»؛ لأنه يحصل به تمام معرفتهما من غير احتمال الدَّور، فقال في الباب الأول من إجارات «المبسوط»:

والحاصل أن أجير الوحد وهو الأجير الخاص من يكون العقد واردًا على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدَّة، أو بذكر المسافة، ومنافعه في حكم العين، فإذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لإنسان لا يتمكن من إيجابها للغير، والأجير المشترك من يكون عقده واردًا على عمل معلوم ببيان محله؛ لأن المعقود عليه في حقه الوصفُ الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدَّة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقَّه الأول في حكم الدين في ذمته، وهو نظير السلم مع بيع العين، فإن المسلم فيه لمَّا كان دينًا في ذمته لا يتعذر عليه به قبول السلم من غيره، والبيع لمَّا كان يلاقي العين فبعد ما باعه من إنسان لا يملك بيعه من غيره، ولهذا سمِّي هذا مشتركًا، والأول أجير الوحد والأجير الخاص.

وذكر في «الذخيرة»، و«المغني» أولًا ما ذكر في الكتاب فقال:

اختلفت عبارة المشايخ في الحد الفاصل بين الأجير الخاص والمشترك، بعضهم قالوا: الأجير المشترك من يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل، والأجير الخاص من يستحق الأجر بتسليم النفس، وبمضي المدة، ولا يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر،

لَمْ تَصِرْ مُسْتَحَقَّةً لِوَاحِدٍ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ يُسَمَّى مُشْتَرَكًا.

وبعضهم قالوا: الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد، والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد، وإنما يُعرف استحقاق الأجر على العبارة الأولى بإيقاع العقد على العمل، كما لو استأجر خيَّاطًا ليخيط هذا الثوب بدرهم، وإنما يعرف استحقاق الأجر بتسليم النفس وبمضي المدة بإيقاع العقد على المدة، كما لو استأجر إنسانًا شهرًا ليخدمه، والإجارة على العمل إذا كان معلومًا صحيح بدون بيان المدة، والإجارة على المدة لا تصح إلا ببيان نوع العمل، فإذا جمع بين العمل وبين المدة وذكر العمل أولًا نحو: أن يستأجر راعيًا مثلًا ليرعي له غنمًا مسمَّاة بدرهم شهرًا، يعتبر هو أجير مشترك؛ لأنه جعله أجيرًا مشتركًا بأول الكلام؛ لأنه أوقع العقد على العمل في أول كلامه.

وقوله: شهرًا، في آخر كلامه يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة، فيصير أجير وحد، ويحتمل أن يكون لقدر من العمل الذي أوقع العقد عليه، فلا يتغير أول الكلام بالاحتمال إلا إذا صرَّح في آخر كلامه بما هو حكم أجير الوحد بأن قال: على أن لا ترعى غنم غيري مع غنمي، وإذا ذكر المدَّة أولًا نحو: أن يستأجر راعيًا شهرًا ليرعي له غنمًا مسمَّاة بدرهم، يعتبر هو أجير وحدٍ؛ لأنه جعله أجير وحدٍ بأول الكلام؛ لأنه أوقع العقد على المدة في أول الكلام، وقوله: ليرعي هذه الأغنام، محتملٌ بين أن يكون لإيقاع العقد على العمل فيصير أجيرًا مشتركًا، وبين أن يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الأجير في المدة، فإن الإجارة على المدة لا تصح متى لم يبين نوع العمل فيقول: استأجرتك شهرًا للخدمة، أو للرعي، أو للحصاد؛ لأن أنواع العمل متفاوت، وإذا كان كذلك لا يتغير حكم أول الكلام بالاحتمال، فيبقى أجير وحدٍ إلا إذا نصَّ في آخر كلامه بما هو حكم الأجير المشترك فيقول: ويرعي غنم غيري مع غنمي، فيغير به أول الكلام ويصير أجيرًا مشتركًا.

قلتُ: فحصلَ من هذا كله أن الأجير المشترك من ينعقد عقد الإجارة في حقه على العمل، فكان المعقود عليه هو العمل، ولمَّا كان مطلوب المستأجر هو العمل لم يناف ذلك أن يكون هو أجير الغير في العمل؛ لأنه يمكن له أن يعمل لهما جميعًا، والأجير الخاص هو من ينعقد العقد في حقه على منفعة نفسه في جميع المدة للمستأجر، وذلك

قَالَ: (وَالمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَهُمَا إِلَّا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالحَرِيقِ الغَالِبِ وَالعَدُوِّ المُكَابِرِ) لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُمَا كَانَا يُضَمِّنَانِ

لا يكون إلا بتسليم النفس له في جميع المدة، والعمل غير متلفت إليه فيه، فلمَّا كانت مدة الإجارة مستغرقة بإيقاع منفعة نفسه للمستأجر لم يتمكن من إجارة نفسه لآخر، فكان عدم جواز إجارة نفسه من آخر إنما ينشأ من ضرورة استغراق مدة الإجارة بإيقاع منفعة نفسه للمستأجر، فلا يكون التمكن من العمل لآخر أو عدم التمكن من العمل الآخر حدًّا على حدة، بل هما من نتيجة الحد الذي قلنا.

وذكر في «المبسوط»: والعمال الذي يعملون في بيت المستأجر ضامنون بما جنت أيديهم مثل ما يضمنون في بيوتهم؛ لأن العامل أجير مشترك سواءٌ عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر، فيكون المعقود عليه العمل، وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه، فالعمل المعيب لا يكون معقودًا عليه، وهذا خلاف ما لو استأجره يومًا ليخيط له ثوبًا في بيته فإنه لا يضمن ما جنت يده؛ لأن المعقود عليه منافعه، ألا ترى أنه ليس له أن يعمل غير ذلك في يومه، وأنه يستوجب الأجر بتسليم نفسه.

قوله: وَالمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: في يد الأجير المشترك.

وقال في «المبسوط»: ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول إبراهيم رحمه الله فقال: إذا تلف العين في يده بغير صنعه فلا ضمان عليه، سواء كان أجير وحد أو مشترك، تلف بما يمكن الاحتراز عنه أو لا يمكن، وأخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله به في أجير الوحد، وأمَّا في الأجير المشترك أخذا بقول شريح رحمه الله، والاختلاف فيه بين الصحابة رُوي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنَّهما كانا يضمنان الأجير المشترك ما ضاع على يده، وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصَّار والصبَّاغ ونحوهما، ولأجل اختلاف الصحابة رضي الله عنهم اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف، فكان في القول بالصلح على النصف

الأَجِيرَ المُشْتَرَكَ؛ وَلِأَنَّ الحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إِذْ لا يُمْكِنُهُ العَمَلُ إِلَّا بِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِسَبَبٍ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ كَانَ التَّقْصِيرُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَضْمَنُهُ

عمل بأقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الإمكان.

فإن قلتَ: بل في هذا القول الذي هو الفتوى بالصلح على النصف ترك لأقوال الصحابة أجمع، لا عمل بواحدٍ منهما، فإن المنقول من أهل النظر هو أن الاختلاف على القولين إجماع منهم على بطلان قول ثالث وهو الصحيح؛ لأن كل فريق منهما يشهد على بطلان القول الثالث، والصحابة اختلفوا على قولين لا غير، إمَّا بالضمان على الأجير المشترك أو بعدم الضمان، فكان القول بنصف الضمان قولًا خارجًا عن قول الفريقين أجمع فكان باطلًا.

والذي يؤيد هذا الإشكال ما ذكره في مسائل الوعد والوعيد في «تبصرة الأدلة» في دفع قول المعتزلة: بأن إطلاق اسم الفسق على صاحب الكبيرة مجمع عليه، وإطلاق ما وراء ذلك من اسم المؤمن والكافر والمنافق مختلف فيه، فأخذنا بالمجمع عليه، قال في جوابه: إن هذا باطل جدًّا؛ لأنَّهم إذا كانوا على ثلاثة أقوال كانوا مجمعين على أن ما وراها وهو القول الرابع باطلٌ، فكان هذا القول من المعتزلة قولًا اتفقت الأمة على بطلانه، فكذا هاهنا لمَّا اختلفت الصحابة على قولين اتفقوا على بطلان قول ثالث.

قلتُ: الفرق بينهما بوجهين:

أحدهما: أن ما ذكرتُه من «تبصرة الأدلة» من المسائل الاعتقادية، والذي نحن فيه من المسائل الاجتهادية، فلو لزم ذلك في المسائل الاعتقادية باعتبار أن القائل فيما يقول قائلٌ بطريق القطع والثبات، على أن ما اعتقدته حقٌّ وما اعتقده غيري باطلٌ، لم يلزم ذلك في المسائل الاجتهادية؛ لأن القائل فيها لا يقول بصحة قوله على القطع والثبات، بل يقول بغلبة الظن على صحة قوله كما في مسائل التحري، ويقول باحتمال صحة قول الغير، فحينئذٍ لا يكون كل واحد من الفريقين قاطعًا بأن ما يقوله غيري باطل، بل هو في حيز احتمال الصحة.

والثاني: أن قولنا في هذا القول عمل بأقوال الصحابة صحيح، ووجهه أنا لمَّا قلنا بالصلح عن النصف كان ذلك منا حطًّا للنصف بعد وجوب الكل، وإبقاءً لوجوب النصف

كَالوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ، بِخِلَافِ مَا لا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالحَرِيقِ الغَالِبِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ القَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ بِسَبَبٍ لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ كَانَ مَضْمُونًا لَضَمِنَهُ كَمَا فِي المَغْصُوبِ، وَالحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لا مَقْصُودًا وَلِهَذَا لا يُقَابِلُهُ الأَجْرُ، بِخِلَافِ المُودَعِ بِأَجْرٍ؛ لِأَنَّ الحِفْظَ

كما كان، فكان عملًا بقول من يقول بالضمان، ثمَّ لما قلنا بعدم وجوب النِّصف كان عملًا في النِّصف بقول من يقول بعدم الضمان، وأمَّا إيجاب النصف فكان منه ابتداءً مبرة باعتبار أن المصابَ يُعان، وأقرب الناس منه إعانةً من هلكَ ماله في يده، فعُلِم بهذا أن فيه عملًا بأقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الإمكان.

قوله: كَالوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ، يعني: هناك يضمن، فإنَّهما يقولان: إنَّا نصور المسألة في حافظ الأمتعة بأجر فسُرِق أو ضاع، فإنه يضمن وإن كان العين عنده أمانة؛ لأنه بايع عمل الحفظ فيدخل تحته السليم عن عيب سبب الهلاك الذي لا يقع إلا بتقصيره في الحفظ، ولو بالغ لاندفع؛ لأن ذلك الهلاك بسبب تقصيره وهو عيبٌ فيه، فلم يدخل تحت العقد كالدّق الذي يخرق منه الثوب، وإذا ثبتَ هذا في الحافظ بأجر، فكذلك العامل بأجر من الخياط والقصار؛ لأنا نجعل حفظ العين معقودًا عليه مع العمل تبعًا للعمل احتياطًا للناس.

وأمَّا أبو حنيفة رحمه الله فإنه يحتج بالقياس كأنه لم يبلغه أقوال الصحابة، أو على ما قالوا من مذهبه: أن القياس أوْلَى من قول الصحابي، وإنما يترك القياس بإجماعهم، ولم يبلغ هذا القول مبلغ ما ينعقد به الإجماع.

ووجه القياس أن الخلاف مسطور في القصَّار والخياط ونحوهما بدون حافظ الثياب، والعقدُ في القصَّار تناول القصارة لا الحفظ، إلا أنه لا بدَّ من الحفظ للعمل فيثبت له ولاية الحفظ كما يثبت للمودَع؛ لأنه يحفظه لا بأجر فهذا هو القياس الصحيح وما قالاه استحسان احتياطًا.

وحاصل الخلاف بيهم راجعٌ إلى أصل، وهو أن المعقود عليه في الأجير المشترك

مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابِلَهُ الأَجْرُ.

قَالَ: (وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ، فَتَخْرِيقُ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ وَزَلَقُ الحَمَّالِ وَانْقِطَاعُ الحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ المُكَارِي الحِمْلَ وَغَرَقُ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالفِعْلِ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُهُ بِنَوْعَيْهِ المَعِيبِ وَالسَّلِيمِ وَصَارَ كَأَجِيرِ الوَحْدِ وَمُعِينِ القَصَّارِ.

ماذا؟ وكل ما دخل في المعقود عليه فهو مضمون، حتى أن عُلمائنا الثلاثة رحمهم الله لمَّا لم يختلفوا في أن المعقود عليه في القصار القصارة، أجمعوا على ضمان ما تلف من القصار في فعل القصارة؛ وذلك لأن المعقود عليه عمل في الذمة، والعقد عقد معاوضة فمطلقه يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع.

وإذا ثبتَ هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: العقد في الأجير المشترك واردٌ على العمل لا على العين، فلا يصير العين به مضمونـًا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: العقد وارد فيه على حفظ العين؛ وذلك لأن المستحق عليه العمل ولا يتوصل إلى إقامة العمل إلا بحفظ العين، وما لا يتوصل إلى المستحق إلا به يكون مستحقًّا أيضـًا، والمستحق بعقد المعاوضة التسليم دون المعيب، فيكون استحقاق صفة السلامة فيه كاستحقاق أوصاف المبيع.

والحجة القاطعة لأبي حنيفة رحمه الله هي أن الضمان لو وجبَ هنا إمَّا أن كان ذلك الضمان ضمان عقدٍ كما في ضمان تخرق الثوب عند دق القصار، وكما في ضمان المودع إذا كان حفظه بأجر، أو ضمان جبران كما في ضمان الغصب، لا جائز للأول؛ لأن العقد وارد على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونـًا، ولا جائز للثاني؛ لأن الجبرانَ للفوات، وهو ما فوت شيئـًا على المالك بغير إذنه؛ لأن ذلك مقبوض بإذن المالك، ومثله غير موجب للضمان كما في أجير الوحد، وما قالاه من النظر فيه ضرر في حق الأجير، وهو أن يُلزم ما لم يلتزم، ونظر الشرع للكل، فمن النظر للأجير أن لا يكون مضمونًا عليه، أو لما تساوي الجانبان لم يجب الضمان بالشك، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الأسرار»، و«المبسوط».

وَلَنَا أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الإِذْنِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ العَقْدِ وَهُوَ العَمَلُ المُصْلِحُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الوَسِيلَةُ إِلَى الأَثَرِ وَهُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، حَتَّى لَوْ حَصَلَ بِفِعْلِ الغَيْرِ

وإن شرط الضمان على الأجير المشترك في العقد فهو لا يخلو: إمَّا أن شرط عليه ضمان ما هلك في يده بسبب لا يمكنه الاحتراز عنه كالموت فسدت الإجارة في قولهم؛ لأنه شرط شرطاً بخلاف مقتضى العقد، ولأحد العاقدين فيه فائدة، وإمَّا أن شرط عليه ضمان ما يهلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها، فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد عنده فيفسد العقد، وعندهما يصح الشرط والعقد؛ لأن عندهما الحكم ثابت بدون هذا الشرط، والشرط لا يزيده إلا وكادة، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الإِذْنِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ العَقْدِ، إلى آخره، فإن قلتَ: لو رشح الخصم ما ذكره في الكتاب وهو قوله: لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالفِعْلِ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُهُ بِنَوْعَيْهِ المَعِيبِ وَالسَّلِيمِ، وزاد عليه بمعانٍي فقهيَّة، وهي أن القصار مأذون من جانب مالك الثوب مطلقًا، فما تولد منه لا يكون مضمونًا عليه كالمعين وأجير الوحد؛ وذلك لأنه استأجره ليدق الثوب والدق عمل معلوم بحده، وهو إرسال المدقة على المحل من غير عنف، وقد أتِي به بتلك الصفة فكان مأذوناً له فيه، ثم التخرق إنما كان لوهي في الثوب، وليس في وسع العامل التحرز من ذلك، فهو نظير البزاغ، والفصَّاد، والحجَّام، والختان إذا سري إلى النفس لا يجب الضمان عليه بهذا؛ لما أن العمل مستحق عليه، وما يستحق عليه المرءُ لا يتقيد بما ليس في وسعه، وبه فارق المشي في الطريق، والرمي إلى الهدف، فإنه مباح غير مستحق عليه فيتقيد بشرط السلامة، والدليل عليه أن أجير القصار إذا دق فيخرق الثوب لم يجب الضمان على الأجير، وعندكم يجب الضمان على الأستاذ، وقولكم هذا بعيد؛ لأنه إن كان العمل مأذونًا فيه لم يجب الضمان به على أحد، وإن لم يكن مأذوناً فيه فهو موجب للضمان على من باشره، فإمَّا أن يقال: من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جدًّا.

ثمَّ في مسألتنا لمَّا لم يكن في وسع العامل تخرقه لم يشترط عليه ذلك، وإنما يشترط

يَجِبُ الأَجْرُ فَلَمْ يَكُنِ المُفْسِدُ مَأْذُونًا فِيهِ، بِخِلَافِ المُعِينِ؛ لِأَنَّهُ مُتبَرِّعٌ فَلَا يُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِالمُصْلِحِ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالأَجْرِ فَأَمْكَنَ تَقْيِيدُهُ.

عليه نفس العمل على وجه وضع الصلاح، وفي وسعه ذلك فيؤخذ به، وكذلك الحمال يشترط عليه حمل ومشي على وجه الصلاح، لا على وجه لا يعثر فيه، ولا تزلق رجله، وهذا كالمجتهد في باب الدِّين، فإنه يكون مأجورًا عند الله تعالى إذا اجتهد في محله نظرًا أصاب الحق أم أخطأ؛ لأن عليه النظر للإصابة، فأمَّا الإصابة بعد ذلك فليس في وسعه، ولهذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: وقلنا فيمن له على آخر قصاص في اليد فقطعَ فماتَ عنه لم يضمن شيئـًا؛ لأن الله تعالى ملكه قطع يده بيده، وللقطع حدٌّ معلوم فإذا أتى به صار متمثلًا للأمر، ثمَّ السراية بعد ذلك وعدمها فليس بمأخوذ عليه؛ لأنه ليس في وسعه؛ وهذا لأنا لو قيدنا بالسلامة لأبطلنا حق المقطوعة يده في يده؛ لأنه شرط لا يمكنه الوفاء به، فلم يجز أن يبطل حق المظلوم بحق الظَّالم، بل كان إبطال حق الظالم أَوْلَى فما جوابنا عنه.

قلتُ: جوابنا أيضـًا يتوضح ما ذكر في الكتاب في تعليلنا وتأييده، وهو أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح؛ وذلك لأن الإذن ثبتَ ضمنًا للعقد، والعقد إنما انعقد على العمل السليم عن العيب لا على المعيب؛ لأنه بيع المنفعة والبيع مطلقه يقتضي سلامة المبيع عن العيوب، ألا ترى أنه إذا اشترى عينًا اقتضى السلامة عن العيب، حتى إذا وجده معيبًا ردَّه، ثم العقد هاهنا ما تناول عينـًا مشارًا إليه، إنما تناول دينًا في الذمة فيوجدُ منها نوعا عمل سليم ومعيب، والعقد ميّز السليم منهما بقي الآخر غير داخل تحته، وإذا كان كذلك عرفنا أن المعقود عليه هو العمل السليم المزيِّن للثوب، وأن العمل المعيب المخرق للثوب غير معقود عليه فلا يكون مأذونًا فيه، وبه فارق أجير الوحد؛ لأن الصحيح أن المعقود عليه في أجير الوحد منافعه، ولهذا يشترط إعلامه ببيان المدة ومنافعه عين، والعين لا يختلف بكونه سليمًا أو معيبًا كما في بيع العين، فإنه وإن وجد بالمعقود عليه عيبًا لا يخرج العقد به من أن يكون متناولًا له، فعرفنا أن الإذن هناك متناول للعمل معيبًا كان أو سليمًا، وهنا المعقود عليه عملٌ في الذمة بمنزلة المسلم فيه، وعقد السلم إذا تناول الجيّد لا يكون الردي معقودًا عليه، وهذا بخلاف المعين فإنه واهب للعمل، والهبة لا تقتضي

وَبِخِلَافِ أَجِيرِ الوَحْدِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى وَانْقِطَاعُ الحَبْلِ مِنْ قِلَّةِ

السلامة عن العيب، فبالخرق لا يخرج العمل من أن يكون مأذونًا فيه.

وأمَّا قوله: إن الاحتراز عن التخرق ليس في وسعه فلا يتقيد به، قلنا: لا نسلم بل الدق عملٌ وضع للإصلاح وهو الأصل، والخرق إنما يقع بعنف؛ لأن التحرز عن التخرق في وسع القصار في الجملة، ولأجله يتعلم عمل القصارة، إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لا يمنع صحةَ التزامه بعقد المعاوضة، وبه يقع الفرق بينه وبين الفصاد والبزاغ.

يُوضحه: أن التخرق إمَّا أن يكون لشيء في طيِّ الثوب، أو لدقه في الثوب، أو لحدة في المدُقة، وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمُّل، فأمَّا السراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر القطع، ولا طريق للوقوف عليه بحال على ما يأتِي بيانه.

وأمَّا الجواب عن أجير القصار فهو إنما افترق فعله وفعل الأستاذ؛ لأن أجير القصار أجير الوحد فالبدلُ في حقه بمقابلة منافعه، فلذلك لا يكون ضامنًا، ثم عمله للأستاذ كعمل الأستاذ بنفسه، وهو لو أقام العمل بنفسه فخرق الثوب كان ضامنًا، فكذلك إذا عمل له أجيره، وأمَّا الحمَّال ونحوه فيجيء جوابه بعد.

وأمَّا الجواب عن الاجتهاد فإنه جعل عذرًا في حق الله تعالى دون حق العبيد، فلم يسقط حق العبد بخطائه وعذره.

وأمَّا جواب أبي حنيفة رضي الله عنه عن قصاص اليد حيث قال: فيمن له على آخر قصاص في يده فقطع يده فماتَ فإنه يضمن الدية؛ لأن الإذن ثبت ضمنًا لوجوب القطع له، والقطع ما ثبت له إلا قصاصًا مثل الأول، والثانِي قتل؛ لأن القطع إذا اتصل به الموت صار قتلًا، كالأول لو ماتَ منه كان الواجبُ على الثانِي القتلَ، والثانِي متى صار قتلًا لم يكن قصاصًا مثلًا للأول، وتمامه يجيء في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى.

وإذا عرفنا هذا فنقول: لصاحب الثوب الخيار إن شاء ضمنه قيمته مقصورًا وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له، قال بشر بن غياث: وهذا الجواب صحيحٌ على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن عندهما قبضه قبض ضمان، فله

اهْتِمَامِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنَّهُ لا يُضَمَّنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ ضَمَانُ الآدَمِيِّ. وَأَنَّهُ لا يَجِبُ بِالعَقْدِ. وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالجِنَايَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ، وَضَمَانُ العُقُودِ لا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلَةُ.

أن يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فهو خطأ؛ لأن عنده قبض القصار قبض أمانة، وإنَّما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمنه قيمةً معمولًا ولا خيار له في ذلك، ولكن الأصح ما قلنا؛ فإنا لا نقول: يضمنه قيمته بالقبض، ولكنه يضمنه قيمته بالإتلاف إن شاء معمولًا وإن شاء غير معمول؛ لأن العمل يصير مسلماً من وجه باتصاله بالثوب، وذلك العمل يجوز أن يكون معقودًا عليه عند الرضا به، كالردي في باب السلم يكون معقودًا عليه عند التجوّز به، فإذا وقع التغيير في العمل كان له الخيار إن شاء رضي به متغيرًا فضمنه قيمته معمولًا وأعطاه الأجر، وإن شاء لم يرض به فيخرج العمل من أن يكون معقودًا عليه ويضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: قال مشايخنا في تضمين الأجير المشترك: السَّبيل في هذه المسألة أن يُفتى بالإصلاح لا بإيجاب الضمان؛ ليكون عملًا بأقوال الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن في هذا الصلح خطأ وإيجاباً للضمان، فيكون هذا عملًا بأقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الإمكان، وذكر في الصلح: قالوا: القاضي يأمرهم بالصلح ولا يقضي وإن طلبوا القضاء، ولم يأمرني بكم يصالح؟ ثم قال: قلتُ: فإن اتفقا على شيءٍ فذاك وإلا فالصلح بالنصف؛ لأن هذا عمل بالقولين.

وذكر الإمام المحبوبي رحمه الله: حُكي عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أنه كان إذا استفتي عن هذه المسألة يكتب في فتواه: لا يضمن عند أكثر أصحابنا، يعني به: أبا حنيفة رضي الله عنه.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يُضَمَّنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ، وقيل إنما

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِنَ الفُرَاتِ فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ وَلا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ بِحِسَابِهِ) أَمَّا الضَّمَانُ فَلِمَا قُلْنَا، وَالسُّقُوطُ بِالعِثَارِ أَوْ بِانْقِطَاعِ الحَبْلِ وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِهِ، وَأَمَّا الخِيَارُ فَلِأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَالحِمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعَدِّيًا مِنَ الِابْتِدَاءِ مِنْ هَذَا الوَجْهِ.

هو إذا كان ممَّن يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنه لا فرق، وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله في الرضيع، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِنَ الفُرَاتِ فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ، إلى آخره، قال الإمام العتابي رحمه الله: إنما وضع هذه المسألة في الفُرات؛ لأن الدِّنات كانت تباع هنالك.

واعلم أن الحمَّال أجير مشترك بمنزلة القصار، فإن تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله، كما بينا في ضمان الأجير المشترك، وإن تلف بفعله بأن يعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافاً لزفر رحمه الله، فإن التلف حصل بجناية يده، ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار إن شاء ضمَّنه قيمته محمولاً إلى الموضع الذي سقط وأعطاه من الأجر بحصته، وإن شاء ضمَّنه قيمتَه غير محمولٍ ولا أجر له؛ وهذا لأن العمل صار مسلماً إن كان صاحبه يمشي معه فلا يشكل، وكذلك إن كان لا يمشي معه يصير مسلماً باتصاله بملكه، ثم تعثر قبل تمام التسليم فيثبت الخيار لهذا.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يخيّر عند أبي حنيفة رحمه الله على هذا الوجه، ولكنه يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر؛ لأن المذهب عنده أن المال أمانة عند الأجير المشترك، وإنما يضمن ما تلف بفعله، وإذا كان أمانة وقت القبض وجبَ أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه.

وَلَهُ وَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ ابْتِدَاءَ الحَمْلِ حَصَلَ بِإِذْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا صَارَ تَعَدِّيًا عِنْدَ الكَسْرِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الوَجْهَيْنِ شَاءَ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي لَهُ الأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى، وَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى أَصْلًا.

قَالَ: (وَإِذَا فَصَدَ الفَصَّادُ أَوْ بَزَغَ البَزَّاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزْ المَوْضِعَ المُعْتَادَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطِبَ مِنْ ذَلِكَ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: بَيْطَارٌ بَزَغَ دَابَّةً بِدَانِقٍ فَنَفَقَتْ أَوْ حَجَّامٌ حَجَمَ عَبْدًا بِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَمَاتَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ العِبَارَتَيْنِ نَوْعُ

قلنا: له من وجهين:

أحدهما: أن هذا ليس كذلك على الإطلاق، ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده، إن هلك بصنعه ظهر أنه كان مضمونًا عليه، وإن أسلم ظهر أنه كان أمانة، وهنا لمَّا هلك بزلقه ظهرَ أنه كان مضمونًا عليه، فجاز أن يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا.

والوجه الثاني: وهو أنه وجب سبب الضمان في مكان الحمل منه؛ لأن سبب الضمان وإن كان هو الحمل الذي وقع كسرًا وإفسادًا، إلا أن الإفساد الحاصل بعمله استند إلى حالة العقد؛ لأن الإفساد بعمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد؛ لأنه لولا عقد الإجارة يكون الأجير معينًا في الحمل، ولا ضمان على المعين فيما أعان، ولمَّا كان كذلك كان سببُ وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يحال به على السبب، فلهذا كان له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه، وإذا انكسر بعد ما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمانَ عليه وله الأجر، كذا نقل عن القاضي الإمام صاعد النيسابوري رحمه الله، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

الفصْد: رگ زدن، من حدِّ ضرب، والبزغ: نيش زدن، من حدِّ فتح، وفي «المغرب»: بزغ البيطار الدابة، إذا شقَّها بالمِبْزَغ، وهو مثل مِشْرَط الحجَّام.

قوله: وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ العِبَارَتَيْنِ نَوْعُ بَيَانٍ؛ لأنه ذكر في مسألة القدوري عدم التجاوز

بَيَانٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ السِّرَايَةِ لِأَنَّهُ يُبْتَنَى عَلَى قُوَّةِ الطِّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحَمُّلِ الأَلَمِ فَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِالْمُصْلِحِ مِنَ العَمَلِ، وَلا كَذَلِكَ دَقُّ الثَّوْبِ وَنَحْوُهُ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ؛ لِأَنَّ قُوَّةَ الثَّوْبِ وَرِقَّتَهُ تُعْرَفُ بِالِاجْتِهَادِ فَأَمْكَنَ القَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ.

عن الموضع المعتاد، حتى أنه إذا تجاوز يجب الضمان، وذكر في مسألة «الجامع الصغير» بيان الأجرة وحجامة العبد بأمر المولى، حتى أنه إذا لم يكن بأمره يجب الضمان، فيجعل المذكور في إحداهما مذكورًا في الأخرى.

نظير هذا ما ذكر شيخي رحمه الله مرارًا في قوله تعالى: ﴿أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي ٱلسَّمَآءِ ۝٢٤﴾ [إبراهيم: ٢٤]، ذكر الخبر في الجملة الأولى وترك ظرف الخبر، وذكر ظرف الخبر في الثانية وترك الخبر، فيُستفاد من ذكر الخبر في الأولى ذكره في الثانية، ويُستفاد من ذكر الظرف في الثانية ذكره في الأولى، فكان تقدير الآية حينئذٍ: أصلها ثابت في الأرض وفرعها عال في السماء، وكذلك ذكر في مسائل الإرث حكم ما فوق الثنتين، ولم يذكر حكم الثنتين في قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١]، ثم ذكر حكم الأختين ولم يذكر حكم ما فوق الأختين في قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، حتى يستفاد حكم غير المذكور في إحداهما بما هو المذكور في الأخرى.

قوله: وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ السِّرَايَةِ؛ لأنه ليس في وسعه أن يقطع ولا يسري، أمَّا في وسع القصار أن يدقَّ على وجه لا يتخرق الثوب، يُوضح الفرق بينهما أن السراية لا تقترن بالجرح، ولكنها تكون بعده بزمان لضعف الطبيعة عن دفع أثر الجرح وتوالي الآلام على المجروح، وهذا كله بعد أن يصير العمل كله مسلماً إلى صاحبه ويخرج من ضمان الفاعل، فأمَّا تخرّق الثوب فيكون مقترناً بالدقِّ قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار، فلهذا كان ضامنًا لما يتلف بعمله؛ لأن عمله مضمون بما يقابله من البدل، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ففي قوله: وَلَمْ يَتَجَاوَزَ المَوْضِعَ المُعْتَادَ، كان إشارة لا محالة إلى أنه لو تجاوز الموضع المعتاد كان عليه الضمان على ما ذكرت، ولم يُبين قدر ذلك الضمان

قَالَ: (وَالأَجِيرُ الخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ أَوْ لِرَعْيِ الغَنَمِ) وَإِنَّمَا سُمِّيَ أَجِيرَ وَحْدٍ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ أَنْ يَعْمَلَ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي المُدَّةِ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ وَالأَجْرُ مُقَابَلٌ بِالمَنَافِعِ، وَلِهَذَا يَبْقَى الأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ العَمَلُ.

على تقدير الحياة والموت كم هو؟

قلتُ: كان ذلك بحسب قدر التجاوز، حتى أن الختان لو ختن فقطع الحشفة ينظر إن برأ فعليه كمال دية النفس، وإن ماتَ فعليه نصف بدل نفسه.

فإن قلتَ: هذا من أعجب المسائل حينئذٍ؛ إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات؛ فإنه كلَّما ازداد أثر جنايته انتقص ضمانه فما وجهه؟ فإن القياس الصحيح يقتضي أينما ازداد أثر جنايته أن يزداد ضمانه كما في قطع اليد وقتله خطأً.

قلتُ: وجهه هو ما ذكره الإمام المحقق رحمه الله في «المبسوط» محالًا إلى ما ذكره محمد في «النوادر» فقال: إنه لمَّا برأ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضوٌ مقصود لا ثانِي له في النفس، فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان، وأمَّا إذا ماتَ فقد حصل تلف النفس بفعلين: أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة، والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة، فكان ضامنًا نصف بدل النفس لذلك.

قوله: وَالأَجِيرُ الخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ، وقد ذكرناه وما وردَ فيه من الشبهة، **وقوله: بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ**، هذا إذا تمكن من العمل، وأمَّا إذا لم يعمل بسبب عذر منعه عن العمل ولم يعمل لم يجب الأجر؛ لأنه ذكر في آخر الفصل الخامس عشر من «الذخيرة» فقال: استأجر أجيرًا يومًا للعمل في الصحراء كاتخاذ الطين ونحوه، فمطر ذلك اليوم بعد ما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له؛ لأن تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر، هكذا كان يفتي ظهير الدين المرغيناني.

قوله: وَلِهَذَا يَبْقَى الأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ العَمَلُ، على بناء المفعول، بخلاف الأجير

قَالَ: (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ وَلَا مَا تَلِفَ مِنْ عَمَلِهِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ بِإِذْنِهِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَكَذَا عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ تَضْمِينَ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ نَوْعُ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا لِصِيَانَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَالأَجِيرُ الوَحْدُ لا يَتَقَبَّلُ الأَعْمَالَ فَتَكُونُ السَّلَامَةُ غَالِبَةً فَيُؤْخَذُ فِيهِ القِيَاسُ، وَأَمَّا الثَّانِي؛

المشترك فإنه رُوي عن محمد رحمه الله في خيَّاط خاط ثوبًا رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط؛ لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يُعيد العمل؛ لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي فتقَ فعليه أن يعيد العمل؛ وهذا لأن الخياط لمَّا فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن، بخلاف ما إذا فتقه أجنبيٌّ؛ لأن بفتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياطة لم يعمل أصلًا، وكذلك الإسكاف على هذا، ولم يذكر الجبر على الإعادة، وينبغي أن يجبر كما في مسألة السفينة، فإن الملاح إذا ردَّ السفينة بنفسه أجبر على الإعادة، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ وَلَا مَا تَلِفَ مِنْ عَمَلِهِ، هذا إذا لم يكن يتعمد الفساد؛ لأنه بايع منفعته والمنفعة سليمة، وإنما الخرق في العمل الذي هو تسليم للمنفعة، وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونًا عليه، إلا إذا تعمَّد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع إذا تعدّي، وعلى هذا أجير القصَّار وسائر الصناع إذا استوجروا لم يضمنوا لمن استأجرهم إلا بما تعدوا فيه، ويضمن الأستاذ؛ لأن التلميذ أجير وحدٍ، ولا يرجع الأستاذ على التلميذ بما ضمن؛ لأنه أجير خاص، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَأَمَّا الثَّانِي، أي: الأجير الخاص لا يضمن فيما تلفَ من عمله؛ لأن العمل ليس بمضمون عليه بدليل أنه يستحق البدل من غير عمل، وما تولَّد من فعل غير مضمون عليه لا يكون مضمونًا، لكن إذا تعمَّد الفساد ضمن كما يضمن المودع، كذا في «شرح أبي نصر».

فَلِأَنَّ المَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَمْلُوكَةً لِلْمُسْتَأْجِرِ فَإِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ صَحَّ وَيَصِيرُ نَائِبًا مَنَابَهُ فَيَصِيرُ فِعْلُهُ مَنْقُولًا إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا لا يَضْمَنُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: فَلِأَنَّ المَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَمْلُوكَةً، أي: بتسليم النفس، فصار فعله منقولًا إليه كما في الإكراه الملجي، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ الإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

(وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ عَمَلٍ مِنْ هَذَيْنِ العَمَلَيْنِ عَمِلَ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ بِهِ) وَكَذَا إِذَا قَالَ لِلصَّبَّاغِ

باب الإجـارة على أحد الشرطين

لمَّا ذكر الإجارة على شرط واحد من غير تعلق بالشرطين، حتى أفسد الإجارة ما كان شرطاً على خلاف مقتضى العقد، ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين؛ لأن الاثنين بعد الواحد.

قوله: وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا فَبِدِرْهَمٍ، إلى آخره، وجنس هذه المسائل على ثلاثة أوجه:

(١) فواحد من الأوجه الثلاثة غير جائز بالاتفاق، وهو ما إذا قال للخياط: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلا شيءَ لك.

(٢) وثانيها: جائز بالاتفاق، وهو ما إذا قال للخياط: إن خطته خياطة رومية فلك درهم، وإن خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم، أو يقول: إن خطته قباءً فلك درهم، وإن خطته قميصاً فلك نصف درهم، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الأول العقد فاسد كله، وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله، وهو القياس، ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله فقال: الشرطان جائزان، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

(٣) وثالثها: مختلف فيه وهو أن يقول: إِنْ خِطْتَهُ اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ، وكل من قال بالجواز قاسه على الوجه الثاني، أمَّا وجه الأول فإنه مخاطرة؛ لأنه

إِنْ صَبَغْتَهُ بِعُصْفُرٍ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ صَبَغْتَهُ بِزَعْفَرَانٍ فَبِدِرْهَمَيْنِ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِخَمْسَةٍ أَوْ هَذِهِ الدَّارَ الأُخْرَى بِعَشَرَةٍ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّابَّةَ إِلَى الكُوفَةِ بِكَذَا أَوْ إِلَى وَاسِطَ بِكَذَا، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، وَإِنْ خَيَّرَهُ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ لَمْ يَجُزْ، وَالمُعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ البَيْعُ وَالجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، غَيْرَ أَنَّهُ لا بُدَّ مِنِ اشْتِرَاطِ الخِيَارِ فِي البَيْعِ، وَفِي الإِجَارَةِ لا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالعَمَلِ، وَعِنْدَ

في صورة القمار فكان فاسدًا بالاتفاق؛ لأنه يصير تقدير كلامه كأنه قال: لك أجر درهم على خياطته، أو لا شيء، ولو قال ذلك كان العقد فاسدًا وكان له أجر مثله لا يجاوز به درهم، فهذا مثله، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، أي: بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّابَّةَ إِلَى الكُوفَةِ بِكَذَا، أو إلى بغداد بكذا، أَوْ إِلَى وَاسِطَ بِكَذَا، فكله جائز عند أصحابنا، وكذا هذا في أنواع الخياطة، والصبغ، والزراعة، بأن قال للزارع: إن زرعتَها بغير كراب فلك ربع الخارج، وإن زرعتَها بكراب فلك ثلثه، وإن زرعتها بكرابين فلك نصفه، وأيّ ذلك عمل فله شرطه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ لا بُدَّ مِنِ اشْتِرَاطِ الخِيَارِ فِي البَيْعِ، بخلاف الإجارة، يعني: إنما يفارق عقد الإجارة البيعَ من حيث اعتبار شرط الخيار؛ فإنه إذا باع أحد العبدين لم يصح إلا بشرط الخيار، وجوّزوا عقد الإجارة في إحدى المنفعتين من غير شرط الخيار؛ لأن الأجرة لا تجب بالعقد وإنما تجب بالعمل، فإذا أخذ في أحد العملين فقد صار معلومًا، كذا في «الإيضاح».

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين البيع والنكاح؟ مع أن الشرط كما يفسد البيع يفسد الإجارة، ثم مثل هذا الشرط يفسد البيع والنكاح ولا يفسد الإجارة، فإنه لو قال: بعتُ منك هذا العبد بألف درهم، أو هذه الجارية بمائة دينار، أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم،

ذَلِكَ يَصِيرُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا، وَفِي البَيْعِ يَجِبُ الثَّمَنُ بِنَفْسِ العَقْدِ فَتَتَحَقَّقُ الجَهَالَةُ عَلَى وَجْهٍ لا تَرْتَفِعُ المُنَازَعَةُ إلَّا بِإِثْبَاتِ الخِيَارِ (وَلَوْ قَالَ: إنْ خِطْتَهُ اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ خَاطَهُ اليَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ:

أو ابنتي فلانة بمائة دينار، فقال: قبلتُ كان باطلًا، ولا يبطل عقد الإجارة على الفارسيَّة والروميَّة على ما ذكرنا.

قلتُ: إنما وقع الفرق بينهما من حيث أن الأجر لا يجب بنفس العقد وإنما يجب بالعمل، وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم، فصار كأنه حينئذٍ وقع العقد عليه ابتداءً؛ وذلك لأن عقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف، وإنما ينعقد عند إقامة العمل وعند ذلك لا جهالة في المعقود عليه، بخلاف البيع والنكاح، فالعقد هناك ينعقد لازمًا في الحال والبدل يستحق بنفس العقد، وإذا لم يكن معلومًا عند العقد كان العقد فاسدًا.

قوله: إنْ خِطْتَهُ اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، فعند أبي حنيفة رحمه الله الشرط الأول جائز والثاني فاسد، وعندهما: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ، وعند زفر رحمه الله: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ، وهو القياس؛ لأنه لو قال في البيع: إن أعطيت الثمن إلى شهر فعشرة دراهم، وإن أعطيته إلى شهرين فخمسة عشر درهمًا، كان العقد فاسدًا كله؛ للتردد بين التسميتين؛ ولأنه اجتمع في اليوم وفي الغد تسميتان، أمَّا في اليوم فلأن العقد المضاف إلى الغد ثابت في اليوم؛ لأن الغد ذكر للتوقيت لا للإضافة، بدليل أنه لو أفرد العقد في الغد بأن قال: خطه غدًا بنصف درهم، يثبت هذا العقد في اليوم، حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم، وأمَّا في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت، بدليل أنه لو أفرد العقد في اليوم بأن قال: خطه اليوم بدرهم، كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق

الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ) قَالَ: زُفَرُ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ؛ لِأَنَّ الخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَقَدْ ذُكِرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلَانِ عَلَى البَدَلِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا؛ وَهَذَا لِأَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّرْفِيهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ.

الأجر، فصح ما قلنا أنه اجتمع في اليوم وفي الغد تسميتان، فيفسد العقد قياسًا على ما لو قال: خطه اليوم بدرهم أو نصف درهم.

وإنا نقول: لزمت الجهالة في البيع بسبب الجهالة في الثمن وقت العقد للزومه في الحال، وأمَّا في الإجارة إنما يجب الأجر عند إقامة العمل ولا جهالة عند ذلك، بخلاف البيع على ماقلنا، وبخلاف الفصل الأول، فهناك إنما أفسدنا العقد لمعنى القمار، وذلك غير موجود هاهنا؛ لأنه في اليومين شرط الأجر له على نفسه، وبخلاف ما لو قال: خط هذا الثوب غدًا بنصف درهم، فخاطه في اليوم استحق الأجر وإن كان لا يُروى هذا الفصل، وكذلك في قوله: خطه اليوم بدرهم، فخاطه في الغد استحق الأجر المسمى؛ لأن مقصود الأمر العمل عند الأفراد دون الأجل، ومطلق العقد لا يقتضي أجلًا، علم أنه أراد به ترفيه العامل فيه في الفصل الأول لا إعدام العقد للحال، فيثبت العقد حالًا ثم يؤجل العمل بعد ثبوت العمل، كالبيع بألف إلى أجل، فأمَّا في مسألتنا هذه فقد ذكر الحال بدرهم فيفسد لذلك، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ الخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ، أي: في شيء واحد كالقميص مثلاً؛ لأنه ذكر صورة المسألة في «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها في القميص وقال: رجل دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه قميصًا وقال: إن خطته اليوم فلك درهم، فكان هذا العقد على هذا التقدير احترازًا عن المسألة الأولى وهي قوله: إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْته رُومِيًّا فَبِدِرْهَمَيْنِ، وهو جائز بلا خلاف.

قوله: وَقَدْ ذُكِرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلَانِ، أي: قال: على أن يكون الأجرة إمَّا درهم أو نصف درهم على البدل، أي: على أن يكون أحدهما بدل الآخر.

قوله: فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ؛ وذلك لأن قوله: إِنْ خِطْتَهُ اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ، باق

وَلَهُمَا أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ فَلَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ؛

إلى الغد كما ذكرنا، وقوله: وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، ثابت في الغد ابتداء على وجه التصريح، فاجتمع في الغد تسميتان: إحداهما بالبقاء، والثانية بالابتداء، ولهذا لم يجوز أبو حنيفة رحمه الله في الغد لهذا المعنى، وأمَّا اجتماع التسميتين في اليوم وهو أن ذكر الغد للترفيه، فلمَّا كان هو للترفيه كان قوله: وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، ثابتًا في اليوم أيضًا، وأمَّا التسمية الأخرى فثابتة في اليوم بصريح ذكر اليوم، فاجتمع في اليوم تسميتان أيضًا بهذا الطريق.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ، ولما كان للتأقيت كان قوله: إِنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ، مقتصرًا على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت، فلا تجمع تسميتان في الغد.

قوله: وَذِكْرَ الغَدِ لِلْإِضَافَةِ، وفي نسخة: لِلتَّعْلِيقِ، والمراد به الإضافة؛ لأن الإجارة قد ذكرنا أنَّها لا تصح تعليقها، ولكن تصح إضافتها إلى وقت في المستقبل، وإذا كان عقدًا مضافًا إلى الغد لا يكون ثابتًا في الحال من كل وجه، فلا يجتمع تسميتان في حق اليوم أيضًا، على هذا ما اقتضاه تقرير الكتاب، وهو موافق لما ذكر في «الفوائد الظهيريَّة».

وأمَّا على تقدير «الأسرار» وغيره فهذا التقدير مخالف له، فإنه ذكر في «الأسرار»: فإنَّهما يقولان: لمَّا ثبت أن العقد واحد وذكر اليوم لاستعجال العمل، ومتى لم يعمل كان العقد باقيًا أبدًا، فكانت تسمية النصف إذا أخر لحطِّ البعض لا لتسمية جديدة؛ لأن التسمية الأولى باقية وكانت الغنية بها واقعة عن تسمية أخرى، وغير واقعة عن الحط إذا أخر.

وفي «الجامع الصغير» لشمس الأئمة رحمه الله: وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله استحسنا وقالا: جهالة البدل لا تفسد العقد لعينه، بل للمنازعة التي تتمكن بينهما، وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة.

ثم البدل في باب الإجارة لا يجب بنفس العقد بل لإقامة العمل، وعند ذلك ما يجب

وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ النَّوْعَيْنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ ذِكْرَ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ حَقِيقَةً. وَلا يُمْكِنُ حَمْلُ اليَوْمِ عَلَى التَّأْقِيتِ؛ لِأَنَّ فِيهِ فَسَادَ العَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الوَقْتِ وَالعَمَلِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَجْتَمِعُ فِي الغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونَ اليَوْمِ، فَيَصِحُّ اليَوْمُ الأَوَّلُ وَيَجِبُ المُسَمَّى، وَيَفْسُدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُسَمَّى فِي اليَوْمِ الثَّانِي.

من العمل معمول سواء خاطه اليوم أو غدًا.

قوله: وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ، يعني: أن المعقود عليه هو العمل، ولكنه بصفة التعجيل، فالتعجيل والتأجيل وصف مقصود، فصار باختلاف الفرض كالنوعين من العمل، كما في الخياطة الفارسية والرومية، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلا يُمْكِنُ حَمْلُ اليَوْمِ عَلَى التَّأْقِيتِ؛ لِأَنَّ فِيهِ فَسَادَ العَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الوَقْتِ وَالعَمَلِ، كما في مسألة المخاتيم وقد مرَّت، فإنَّا لو نظرنا إلى ذكر اليوم يكون الأجير أجير وحد، ولو نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير أجير مشترك، فحكمهما مختلف فيفسد العقد عند جمعهما، ومن هذه الضرورة عدلنا عن العمل بحقيقة اليوم التي هي للتأقيت إلى المجاز الذي هو للتعجيل، وهو الزيادة في الأجرة على اعتبار الخياطة في اليوم، والنقصان على اعتبار التأخير.

وإذا ثبتَ هذا ثبتَ أن العقد المضاف إلى الغد لم يثبت في اليوم، فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الأجر مجهولًا في اليوم، وأمَّا المضاف إلى اليوم فيبقى إلى الغد؛ لأنه لم ينقض بانقضاء اليوم؛ لما أن اليوم لم يكن للتأقيت فيجتمع في الغد تسميتان بأجر درهم، ونصف درهم، فكان الأجر مجهولًا، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر في «المبسوط»: اجتمع في اليوم الثاني تسميتان: درهم، أو نصف درهم، فكان العقد فاسدًا كما لو قال: خطه بدرهم أو نصف درهم، بيان ذلك: أن مُوجَب التسمية الأولى

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ وَلا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الأُولَى لا تَنْعَدِمُ فِي اليَوْمِ الثَّانِي فَتُعْتَبَرُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَتُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ

عند الخياطة غدًا الدراهم لو اقتصر عليه، فهو بالتسمية الثانية يضم الثانِي إلى الأول في الغد مع بقاء الأول، فيجتمع تسميتان، بخلاف اليوم الأول فليس فيه إلا تسمية واحدة وهي الدراهم؛ لأن تسمية نصف درهم في الغد لا موجب لها في اليوم، حتى لو قال: استأجرتك غدًا لتخيطه بنصف درهم فخاطه اليوم فالأجر له، فلهذا صحَّ الشرط الأول دون الثانِي، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية؛ لأنه اجتمع تسميتان في واحد من العملين حتى لو قال: خطه خياطة رومية بدرهم، فخاطه خياطة فارسية كان مخالفًا.

هذا على الرواية التي لو قال له: خط هذا الثوب اليوم بدرهم، فخاطه غدًا يجب المسمَّى، أما على الرواية التي يجب أجر المثل نقول: التسمية الأولى لها موجب في اليوم فهو أجر المثل، أي: على تقدير عدم خياطته في اليوم فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير موجب تلك التسمية مع بقائها، وذلك فاسد كما في قوله: إن خطته غدًا فلا شيء لك، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية؛ لأنه ليس لأحد العقدين موجب في العمل الآخر، فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيه، فلهذا افترقا.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ وَلا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ، والمخالفة بين الأولى ورواية «الجامع الصغير» ظاهرة؛ لأن في الأولى لا يزاد أجر المثل على نصف درهم، وفي رواية «الجامع الصغير» لا يزاد أجر المثل على درهم.

وذكر في «الإيضاح»: واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا خاطه في اليوم الثانِي، فذكر في «الأصل» و«الجامع الصغير» أنه يجب أجر المثل، لايزاد على الدرهم ولا ينقص من نصف درهم، وذكر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه له في اليوم الثانِي أجر مثله لا يزاد على نصف درهم، ثمَّ قال: وهذه الرواية هي الصحيحة؛ فوجهها أن الإجارة الفاسدة يجب فيها أجر المثل لا يزاد على المستحق، والمسمى في اليوم الثانِي نصف درهم، فأمَّا الدرهم فهو مسمى في اليوم الأول.

لِمَنْعِ النُّقْصَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي اليَوْمِ الثَّالِثِ لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الغَدِ فَبِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ إِلَى مَا بَعْدَ الغَدِ أَوْلَى.

(وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَّنْتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ فِي الشَّهْرِ، وَإِنْ سَكَّنْتَهُ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ الأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ المُسَمَّى فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: الإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَيْتًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَكَّنَ فِيهِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَّنَ فِيهِ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

قوله: لا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ الصَّحِيحُ، وأمَّا عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه، ذكره في «الإيضاح».

قوله: إِنْ سَكَّنْتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ ...، وَإِنْ سَكَّنْتَهُ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ، واللفظ: سَكَّنْتَ، من السكنى، لا من الإسكان، وانتصاب: عَطَّارًا، و: حَدَّادًا، على الحال لا على المفعول به على ما مرَّ من رواية «المغرب»، وتصحيح شيخي رحمه الله.

ولفظ «المبسوط»، و«الإيضاح» يدل على صحة هذا أيضًا، فقال في «الإيضاح»: أجرتك هذه الدار شهرًا على أنك إن قعدت فيها حدادًا فأجرها عشرة، وإن بعتَ فيها البز فأجرها خمسة، وقوله: بعتَ، لا يتصور إلا في الثلاثي المجرد.

وفي «المبسوط»: ولو استأجر بيتًا على أنه إن سكنه بزازًا فأجره خمسة، وإن سكنه قصارًا فأجره عشرة جاز، وأيّ الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وهذا القول قوله الآخر، وأمَّا قوله الأول فكقولهما.

وكذلك إن استأجر بيتًا على أنه إن سكن فيه فبدرهم، وإن أسكن فيه حدادًا فبدرهمين فهو جائز، يعني: أطلق السكنى في أحد الطرفين وقيَّد الطرف الآخر بإسكان الحداد.

وَقَالَا: لا يَجُوزُ. وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى الحِيرَةِ بِدِرْهَمٍ وَإِنْ جَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيَّةِ فَبِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَيُحْتَمَلُ الخِلَافُ، وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الحِيرَةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ شَعِيرٍ فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَةٍ فَبِدِرْهَمٍ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: لا يَجُوزُ) وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ، وَكَذَا الأَجْرُ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ، وَهُوَ مَجْهُولٌ وَالجَهَالَةُ تُوجِبُ الفَسَادَ، بِخِلَافِ الخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالفَارِسِيَّةِ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ يَجِبُ بِالعَمَلِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ. أَمَّا فِي هَذِهِ المَسَائِلِ يَجِبُ الأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَتَبْقَى الجَهَالَةُ، وَهَذَا الحَرْفُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ خَيَّرَهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الرُّومِيَّةِ وَالفَارِسِيَّةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سُكْنَاهُ بِنَفْسِهِ يُخَالِفُ إِسْكَانَهُ الحَدَّادَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لا يَدْخُلُ ذَلِكَ فِي مُطْلَقِ العَقْدِ وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا، وَالإِجَارَةُ تُعْقَدُ لِلانْتِفَاعِ

قوله: وَيُحْتَمَلُ الخِلَافُ، يعني ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» بالجواز مطلقًا من غير ذكر الخلاف، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة كما في نظائرها من المسائل، هكذا ذكره في «الذخيرة».

قوله: أَمَّا فِي هَذِهِ المَسَائِلِ يَجِبُ الأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَتَبْقَى الجَهَالَةُ، يعني: إذا كان يجب الأجر بالتخلية كان الأجر مجهولًا وقت الوجوب؛ لأنه لا يدرى أن التخلية وقعت للحداد فيجب عشرة، أو للخياط فيجب خمسة.

قوله: وَهَذَا الحَرْفُ، أي: وهذا المعنى إشارة إلى **قوله: يَجِبُ الأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَتَبْقَى الجَهَالَةُ**.

وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ، وَلَوْ أُحْتِيجَ إِلَى الإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ يَجِبُ أَقَلُّ الأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ.

قوله: وَلَوْ أُحْتِيجَ إِلَى الإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ - بأن لم يسكن أصلًا ومضت المدة - يَجِبُ أَقَلُّ الأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، وقال بعض مشايخنا: متى سلم ولم توجد السكنى من المستأجر أصلًا يجعل التسليم لهما؛ لأنَّه ليس أحدهما بأوْلَى من الآخر، فيجب نصف كل واحد من البدلين، وهو سبعة ونصف فيما إذا كان أقل البدلين خمسة وأكثرها عشرة، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير البرهاني» رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ إِجَارَةِ العَبْدِ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ اشْتَمَلَتْ عَلَى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلَا يَنْتَظِمُهَا الإِطْلَاقُ،

باب إجارة العبد

لمَّا فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر، شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد؛ إذا العبد منحط الدرجة عن الحر، فانحط ذكره عن ذكر الحر كذلك.

قوله: لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ اشْتَمَلَتْ عَلَى زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلَا يَنْتَظِمُهَا الإِطْلَاقُ، فإن قيل: هو في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده، وللمولى أن يسافر بعبده، فلماذا لا يكون له أن يسافر بأجيره للخدمة؟

قلنا: إنما يسافر المولى بعبده؛ لأنه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة أجيره، وإنما يملك منافعه بالعقد، والمسمى في العقد استخدامه بالكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك، ألا ترى أنه يزوج عبده بملك رقبته، ولا يدل ذلك على أن يزوج أجيره، وإن سافر به فهو ضامن لمولاه؛ لأنه صار غاصبًا له بالإخراج، ولا أجر عليه يعني: وإن رده إلى مولاه سالما؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان؛ لأن المعقود عليه منافع العبد بالكوفة، ولا يتصور وجود ذلك بعد إخراجه من الكوفة، وكذلك لو استأجره بالكوفة ولم يشترط العمل بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضـًا، وليس له أن يسافر به؛ لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف؛ ولأن الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد، وربما يربوا ذلك على الأجر فيتعين موضع العقد مكانـًا للاستيفاء بدلالة الحال، كذا

وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا فَلَا بُدَّ مِنِ اشْتِرَاطِهِ كَإِسْكَانِ الحَدَّادِ وَالقَصَّارِ فِي الدَّارِ،

في «المبسوط»، و«الذخيرة».

فإن قلتَ: ما الفرق بين مسألة الإجارة وبين مسألة الصلح على الخدمة؟ فإن المدعي يملك أن يخرج إلى السفر بالعبد، وصورة الصلح أن من ادعى دارًا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنةً كان له أن يخرج بالعبد إلى السفر، وهو لم يملك رقبة العبد ومع ذلك جاز له أن يخرج به إلى السفر، والمسألة في الفصل الثامن عشر من إجارات «الذخيرة».

قلتُ: قد ذكر هذه المسألة الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في أواسط باب الصلح في العقار من كتاب الصلح وقال: وله أن يخرج بالعبد من المصر إلى أهله، ثم قال: وكان شيخنا رحمه الله يقول في الفرق بين هذا وبين مسألة الإجارة:

تأويل ما قال في كتاب الصلح: أن أهل المدعي إذا كان في بعض القرى القريبة من المصر، والمدعى عليه يعلم ذلك، أو كان هو على جناح السفر والرجوع إلى أهله وقد أعلم ذلك المدعى عليه، فحينئذٍ يكون هو راضيًا بإخراجه العبد إلى أهله؛ لأن الإنسان إنما يستخدم العبد في أهله.

وتأويل ما قال في كتاب الإجارات: أنه إذا لم يكن ذلك معلومًا للآجر عند عقد الإجارة، فلا يكون هو راضيًا بإخراج العبد وتكليفه خدمة السفر؛ لأن الخدمة في السفر أشق منه في الحضر، ثم قال: قال رحمه الله: والذي يتراءى لي من الفرق بين الفصلين أن في باب الإجارة مؤنة الرد على الآجر بعد انتهاء العقد؛ لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه يقرر حقه في الأجر، فالمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يريد أن يلزم المؤاجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد، وأمَّا هاهنا، يعني: في الصلح، فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه؛ لأنه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيءٍ، فهو كالموصي له بالخدمة مؤنة الرد عليه دون الوارث، فالمدعي هاهنا بإخراجه إلى أهله يلتزم مؤنة الرد، لا أنه يلزم المدعى عليه شيئًا فلهذا كان له أن يخرجه.

قوله: **وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا**، يعني: إذا استأجر غلامًا ليخدمه في المصر، وأراد المستأجر أن يسافر به فهو عذر فسخ الإجارة؛ لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا،

وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ، فَإِذَا تَعَيَّنَ الخِدْمَةُ فِي الحَضَرِ لا يَبْقَى غَيْرُهُ دَاخِلًا كَمَا فِي الرُّكُوبِ. (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الأَجْرَ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ اسْتِحْسَانًا إِذَا فَرَغَ مِنَ العَمَلِ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ لِانْعِدَامِ إِذْنِ المَوْلَى وَقِيَامِ الحَجْرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى اعْتِبَارِ الفَرَاغِ سَالِمًا ضَارٌّ

ولو منع من السفر يتضرر المستأجر فلهذا جُعل عذرًا له، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

قوله: كَمَا فِي الرُّكُوبِ، يعني إذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره؛ للتفاوت بين ركوب الراكبين، فكذلك هاهنا لمَّا تعينت الخدمة في الحضر ليس له أن يستخدم في السفر؛ للتفاوت بين الخدمتين، وكذلك لو أطلق في الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو، فبعد ذلك ليس له أن يغير من يركبه أولًا؛ لأنه تعين هو للركوب.

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا، إلى آخره، والجواب في الصبي المحجور كذلك، فإن الصبي المحجور عليه إذا أجر نفسه وسلم من العمل كان له الأجر؛ لأنه غير محجور عما ينفعه، ولهذا يملك قبول الهبة، وجواز الإجارة بعد الفراغ محض منفعة.

ثم قيل: الأجر الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل، فإن أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد، وأجر ما مضى للمولى، وأجر ما يستقبل للعبد، وإن أجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار، فإن فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى، وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى؛ لأنه هو العاقد، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام التمرتاشي رحمهما الله.

قوله: وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ، يعني: وإن سلم العبد عن العمل وفرغ عنه لا يجب الأجر على المستأجر قياسًا؛ لأن المستأجر صار غاصبًا للعبد بالاستعمال، والأجر لا يجب على الغاصب.

قوله: كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ، يعني: إذا هلك العبد وقت استعمال المستأجر إيَّاه بغير

عَلَى اعْتِبَارِ هَلَاكِ العَبْدِ، وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الهِبَةِ، وَإِذَا جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ. (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَ العَبْدُ نَفْسَهُ فَأَخَذَ الغَاصِبُ الأَجْرَ فَأَكَلَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ)؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ المَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، إِذِ الإِجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ عَلَى مَا مَرَّ. وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَالٍ مُحْرَزٍ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِهِ،

إذن المولى تجب القيمة دون الأجر بالاتفاق؛ لأنه لمَّا كان استعماله بغير إذن المولى صار المستأجر غاصبًا للعبد، والأجر مع الضمان لا يجتمعان.

فإن قيل: يشكل هذا بما لو دفع الأرض إلى عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها العبد ببذره، وهلك العبد في عمل المزارعة فإنه لا يضمن.

قلنا: إن البذر لمَّا كان من العبد يصير العبد مستأجرًا للأرض، ولا يصير صاحب الأرض غاصبًا للعبد؛ لأن من كان البذر من قبله يكون مستأجرًا، حتى لو كان البذر من قبل صاحب الأرض وهلك العبد في عمل المزارعة يضمن صاحب الأرض، والجوابُ في الصبي المحجور كذلك، والمعنى فيه أبين؛ إذ لا ضمان فيه، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

ولكن ذكر في «الذخيرة»: إذا هلك المحجور من العمل في هذه الصورة، إن كان المحجور صبيًّا فعلى عاقلة المستأجر ديته، وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك، وإن كان المحجور عبدًا فعلى المستأجر قيمته، ولا أجر عليه فيما عمل له العبد؛ لما ذكرناه.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَ العَبْدُ نَفْسَهُ، قيَّد بإجارة العبد نفسه؛ لأنه لو أجر الغاصبُ العبدَ كان الأجر له لا للمالك، ولا ضمان عليه بالاتفاق.

قوله: وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ المَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فيكون ضامنـًا، كالزيادة المتولدة من العين المغصوبة إذا أتلفها الغاصب.

وقوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى **قوله:** وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ، إلى آخره.

وَهَذَا غَيْرُ مُحْرَزٍ فِي حَقِّ الغَاصِبِ؛ لِأَنَّ العَبْدَ لا يُحْرِزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحْرِزُ مَا فِي يَدِهِ. (وَإِنْ وَجَدَ المَوْلَى الأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ)؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ.

(وَيَجُوزُ قَبْضُ العَبْدِ الأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلَى اعْتِبَارِ الفَرَاغِ عَلَى مَا مَرَّ.

قوله: وَهَذَا غَيْرُ مُحْرَزٍ، أي: غير محرز للمولى؛ لأن الإحراز إنَّما يكون بيد المالك، أو بيد نائب المالك، ويد الغاصب ليست بيد المالك ولا بيد نائبه، وكذلك يد العبد ليست يد المالك ولا يد نائبه؛ لأنه في يد الغاصب حتى أنه مضمون على الغاصب، ولمَّا لم يكن محرزًا للمالك لم يكن معصومًا له، وما ليس بمعصوم لإنسان لا يكون مضمونًا له، كالمسروق في يد السارق بعد القطع؛ ولأن الأجر بدل المنفعة وحكم البدل حكم الأصل، ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن وإن كان المغصوب منه أحق بها، فكذلك إذا أتلف بدلها؛ ولأن الغاصب لو أجرها كان الأجر له ولا ضمان عليه إذا تناوله، فإذا أجر العبد نفسه ففعله من وجه كفعل الغاصب؛ لأن المولى هو المالك لرقبته، وما تردد بين أصلين يوفر عليه حظهما، فرجحنا جانب المالك عند بقاء الأجر في يده وقلنا: المالك أحق به، ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا: لا ضمان فيه على الغاصب إذا أكله؛ لأن الأصل في ضمانه كالمبيع إذا اكتسب في يد البائع، إن استهلكه البائع لا يضمن شيئًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان قائمًا ردَّه على المشتري، كذا هاهنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله وغيره.

قوله: وَيَجُوزُ قَبْضُ العَبْدِ الأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة، فإنه يحصل له خروج العهدة بأدائه إليه، وهذا الجواب فيما إذا أجر العبد نفسه؛ لأنه لمَّا كان مؤاجرًا نفسه فللمؤاجر قبض الأجرة؛ لأنه عاقد، وأمَّا إذا أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى؛ لأن القبض من حقوق العقد فيثبت للعاقد، كذا في «الإيضاح».

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى قوله: وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الهِبَةِ.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ، وَالأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ)؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ المَذْكُورَ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي العَقْدَ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ أَوْ نَظَرًا إِلَى تَنَجُّزِ الحَاجَةِ فَيَنْصَرِفُ الثَّانِي إِلَى مَا يَلِي الأَوَّلَ ضَرُورَةً.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدِرْهَمٍ فَقَبَضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ ثُمَّ جَاءَ آخِرُ الشَّهْرِ، وَهُوَ آبِقٌ أَوْ مَرِيضٌ فَقَالَ المُسْتَأْجِرُ أَبَقَ أَوْ مَرِضَ حِينَ أَخَذْتَهُ وَقَالَ المَوْلَى لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَةٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ، وَهُوَ صَحِيحٌ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُؤَجِّرِ)؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرٍ مُحْتَمَلٍ فَيَتَرَجَّحُ بِحُكْمِ الحَالِ، إِذْ هُوَ دَلِيلٌ عَلَى قِيَامِهِ مِنْ قَبْلُ وَهُوَ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي نَفْسِهِ.

قوله: لِأَنَّ الشَّهْرَ المَذْكُورَ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِي العَقْدَ؛ لأنه لو أفرده بالذكر كان العقد واقعًا على الشهر الذي يعقب العقد؛ لما عرف أن الأوقات في حق الإجارة بمنزلة الأوقات في حق اليمين إذا حلف لا يكلم فلانًا شهرًا، ثم لما تعين الشهر الأول لما يلي العقد، والشهر الثانِي معطوف عليه، والمعطوف غير المعطوف عليه، عرفنا أن مراده شهرًا بعد هذا الشهر بخمسة، فيتناول الشهر الثانِي لا محالة.

وكذلك إذا استأجر ثلاثة أشهر، شهرين بدرهمين وشهرًا بخمسة، فالأولان بدرهمين.

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُ المُسْتَأْجِرِ، - أي: لا تجب الأجرة - وَإِنْ جَاءَ بِهِ، - أي: بالعبد - وَهُوَ صَحِيحٌ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُؤَجِّرِ؛ - أي: يجب الأجر - لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرٍ مُحْتَمَلٍ فَيَتَرَجَّحُ بِحُكْمِ الحَالِ، وهذا المعنى وهو أن الحال معلوم متفق عليه، فعند الاشتباه يرد المختلف فيه إلى المتفق عليه.

فإن قلتَ: الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق، ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول قول المؤجر، حتى يستحق المؤجر مطالبة المستأجر بالأجرة، والحال حينئذٍ كانت

أَصْلُهُ الِاخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ.

موجبة للاستحقاق وليست لها هذه الصفة، فما وجهه؟

قلتُ: لم يثبت للمؤجر استحقاق الأجرة بمجرد الحال هاهنا، بل سبب وجوب استحقاق الأجر هنا العقد، وتسليم العبد إليه في المدَّة، ولكن المستأجر يدعي ما ينافي الوجوب معترضًا بعد ظهور السبب الموجب للاستحقاق، والظاهر يكفي شاهدًا للمؤجر في إنكاره.

وإن اختلفا في قدر الإنقطاع فقال المستأجر: عشرة أيام، وقال المؤجر: خمسة، فالقول للمستأجر والبينة للمؤجر.

قوله: أَصْلُهُ الِاخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ، فإن مستأجر الرحى إذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدَّة، فالقول قول من يشهد له الحال، وكذا لو أعتق جارية ولها ولد فقال المولى: أعتقتك بعد ما ولدت والولد ملكي، وقالت الجارية: لا بل قد أعتقتني قبل الولادة وقد عتق ولدي بإعتاقي، فالقول قول من كان الولد في يده، واعتبار اليد ليس إلا بحكم الحال.

وكذا لو باع شجرًا فيه ثمار ثم قال البائع: بعتُ الأشجار دون الثمار، والمشتري يقول: اشتريتُ الأشجار مع الثمار، قالوا: ينظر إن كانت الثمار في يد البائع فالقول قوله، وإن كانت في يد المشتري فالقول للمشتري، هذا كله ممَّا ذكره الإمام التمرتاشي، والمحبوبي رحمهما الله، والله تعالى أعلم.

بَابُ الاِخْتِلَافِ فِي الإِجَارَةِ

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوْبِ فَقَالَ رَبُّ الثَّوْبِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً وَقَالَ الخَيَّاطُ بَلْ قَمِيصًا أَوْ قَالَ: صَاحِبُ الثَّوْبِ لِلصَّبَّاغِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبُغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَغْتَهُ أَصْفَرَ وَقَالَ الصَّبَّاغُ لا بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ فَالقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ)؛ لِأَنَّ الإِذْنَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الإِذْنِ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ فَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ، لكِنْ يَحْلِفُ؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ شَيْئًا لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا حَلَفَ فَالخَيَّاطُ ضَامِنٌ) وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ،

باب الاختلاف في الإجارة

لمَّا ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل، ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع؛ لأن الاختلاف إنما يكون بأمر عارض.

قوله: فَالقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ، أي: مع يمينه، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: القول قول الصباغ؛ لأنَّهما اتفقا على الإذن في الصبغ، ثم رب الثوب يدعي عليه خلافًا ليضمنه، أو ليثبت الخيار لنفسه، وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر، ولكنا نقول: الإذن يستفاد من جهة رب الثوب.

قوله: وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي: قبل باب الإجارة الفاسدة في مسألة: **وَمَنْ دَفَعَ إِلَى خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً.**

فإن قلتَ: كيف يتوازيان، فهناك كان المؤجر والمستأجر متفقين على قول صاحب

وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَكَذَا يُخَيَّرُ فِي مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ إِذَا حَلَفَ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبْيَضَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لا يُجَاوَزُ بِهِ الْمُسَمَّى. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ. (وَإِنْ قَالَ: صَاحِبُ الثَّوْبِ عَمِلْتَهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرٍ وَقَالَ الصَّانِعُ بِأَجْرٍ فَالقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ تَقَوُّمَ عَمَلِهِ إِذْ هُوَ يَتَقَوَّمُ

الثوب بأنه أمر الخياط بخياطة القميص، ثم خالفه المؤجر فخاطه قباءً، وهاهنا اختلفا في أصل المعقود عليه بأنه كان أمره بخياطة قباء، أو بخياطة قميص، فعند اختلاف صورة المسألة كيف اتحد الجواب؟

قلتُ: اختلفت صورتا المسألتين ابتداءً ولكن اتحدتا انتهاءً؛ لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب، ولما حلف كان القول قوله، وكانت هذه المسألة حينئذٍ نظيرة تلك المسألة، فكان حكم هذه المسألة كحكم تلك المسألة كذلك.

قوله: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبْيَضَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ، ووجهه أن الصباغ في أصل الصبغ موافق لصاحب الثوب، وفي الصفة مخالف.

قوله: لا يُجَاوَزُ بِهِ الْمُسَمَّى؛ لأنه رضي بالمسمى.

قوله: فِي بَعْضِ النُّسَخِ: - أي: نسخ القدوري - يُضَمِّنُهُ، من الضمان، أي: يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ.

فالأولى: أعني قوله: لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية، والثانية: أعني قوله: يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله.

ووجه ظاهر الرواية: أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ، بمنزلة الحوض والصابون في عمل الغسال، فلا يصير صاحب الثوب مشتريًا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب.

بِالعَقْدِ وَيُنْكِرُ الضَّمَانَ وَالصَّانِعُ يَدَّعِيهِ وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ حِرِّيفًا لَهُ) أَيْ خَلِيطًا لَهُ (فَلَهُ الأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا)؛ لِأَنَّ سَبْقَ مَا بَيْنَهُمَا يُعَيِّنُ جِهَةَ الطَّلَبِ بِأَجْرٍ جَرْيًا عَلَى مُعْتَادِهِمَا (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِهَذِهِ الصَّنْعَةِ بِالأَجْرِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَتَحَ الحَانُوتَ لِأَجْلِهِ جَرَى ذَلِكَ مَجْرَى التَّنْصِيصِ عَلَى الأَجْرِ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَالقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛

ووجه رواية محمد رحمه الله: أن الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكماً، حتى لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه، فإن صاحب الثوب يضرب في الثمن بقيمة ثوب أبيض، وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ، ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين مال قابل للصبغ، لما كان له من الثمن حصة، ولكن الأصح ما ذكره في ظاهر الرواية.

حِرِّيف الرجل: معامله، وقيل: حريف الرجل مَنْ بينه وبينه معاملة أخذ وإعطاء، كالخياط يخيط لك الثوب بأجرة ففعل ذلك مرارًا، فقال في «الذَّخيرة» و«التَّمَّة»: دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره، ولم يذكر أجرًا لم يذكر جوابها في إجارات «الأصل»، وفي غير رواية الأصول فيها ثلاثة أقوال: على قول أبي حنيفة رحمه الله هو متبرع، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله كذلك إلا أن يكون خليطه، وتفسير المسألة على قول أبي يوسف رحمه الله: إذا كان الرجل يعامل قصّارًا، كان يدفع إليه الثوب بأجر ويقاطعه، فدفع إليه ثوبًا في هذه النوبة ولم يقاطعه فقصره، فله أجر مثل عمله، وجعل الدفع المطلق بناءً على المعاملة السابقة ما لم يثبت الرجوع عنها، وعلى قول محمد رحمه الله: إن اتخذ دكانًا، وانتصب لعمل القصارة بالأجرة يجب الأجر، وإلا فلا.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: وعليه الفتوى.

وفي «الكافي»: القول قول المنكر للإجارة؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، بخلاف ما لو دفع إلى آخر عينًا ثم اختلفا فقال الدافع: قرض، وقال الآخر: هبة، يعني كان القول قول من يدعي القرض؛ لأن العين متقوم بنفسه فالآخذ يدعي الإبراء عن قيمته.

لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ. وَالجَوَابُ عَنْ اسْتِحْسَانِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ لِلدَّفْعِ، وَالحَاجَةُ هَاهُنَا إِلَى الِاسْتِحْقَاقِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَالجَوَابُ عَنْ اسْتِحْسَانِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ لِلدَّفْعِ، وَالحَاجَةُ ... إِلَى الِاسْتِحْقَاقِ، ونظير هذا دار في يد رجل يزعم أنه ملكه، فالقول قوله، وإن كان غيره يدعيها ولا تنزع من يده بغير حجة، فلو بيعت دار بجنبها وأراد أن يأخذها بالشفعة فقال المشتري: إن تلك الدار ليست لك بملك، وإنما تسكنها بإجارة أو إعارة فلا شفعة لك، فقال ذواليد: الدار ملكي، ولا حقَّ لأحد فيها، وليَ الشفعة، فإنه لا يملك الأخذ بالشفعة حتى يثبت ملكه في هذه الدار بالبينة؛ لأن الملك إن كان ثابتًا له بظاهر اليد، ولكن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق، لا للاستحقاق، وحاجته إلى الاستحقاق؛ لما في يد المشتري بالشفعة، فلا يملك من طريق الظاهر بدون الحجة، كذا هنا، كذا في «أدب القاضي» للصدر الشهيد رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ فَسْخِ الإِجَارَةِ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يَضُرُّ بِالسُّكْنَى فَلَهُ الفَسْخُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ المَنَافِعُ، وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ هَذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ القَبْضِ فَيُوجِبُ الخِيَارَ كَمَا فِي البَيْعِ، ثُمَّ المُسْتَأْجِرُ إِذَا اسْتَوْفَى المَنْفَعَةَ فَقَدْ رَضِيَ بِالعَيْبِ فَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ البَدَلِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَإِنْ فَعَلَ المُؤَجِّرُ مَا أَزَالَ بِهِ العَيْبَ فَلَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ لِزَوَالِ سَبَبِهِ.

بـاب فسخ الإجـارة

فتأخير هذا الباب ظاهر المناسبة؛ لأن فسخ العقد يعقب العقد لا محالة.

قوله: فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يَضُرُّ بِالسُّكْنَى، وإنما قيد بالإضرار؛ لأنه إذا كان عيبًا ولكن لا يضر بالسكنى نحو ما إذا كان في الدار حائط للحمال، لكن لا ينتفع به في سكناها، وسقط ذلك الحائط ليس له ولاية الفسخ؛ لأن المعقود عليه المنفعة، فإذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار، وكذلك لو كان المستأجر عبدًا للخدمة فسقطَ شعره، أو ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضره بالخدمة لم يثبت له الخيار، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ هَذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ القَبْضِ فَيُوجِبُ الخِيَارَ كَمَا فِي البَيْعِ، وبهذا تدفع شبهة ترد على الإجارة من جانب البيع، وهي أن يقال: إن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع، ثم إن العيب إذا حدث في المبيع بعد ما قبضه المشتري ليس للمشتري أن يرده، فكان ينبغي أن لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الإجارة أيضـًا، والحكم أن

قَالَ: (وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أَوِ انْقَطَعَ شُرْبُ الضَّيْعَةِ أَوِ انْقَطَعَ المَاءُ عَنِ الرَّحَى انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ، وَهِيَ المَنَافِعُ المَخْصُوصَةُ قَبْلَ القَبْضِ فَشَابَهَ فَوْتُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ وَمَوْتِ العَبْدِ المُسْتَأْجَرِ. وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ قَدْ فَاتَتْ عَلَى وَجْهٍ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا فَأَشْبَهَ

للمستأجر أن يفسخ الإجارة بسبب العيب الحادث في الإجارة، فأجاب عنه بهذا، وتفسير الجواب هو أنَّهما يختلفان صورةً ولكن يتفقان معنًى، وهو أن العيب الحادث في الإجارة وإن كان بعد القبض صورةً فهو قبل القبض معنًى؛ لما أن المنافع فيها وهي المعقود عليها توجد شيئـًا فشيئـًا، فكان العيب الحادث فيها وإن كان بعد قبض الدار فهو قبل قبض المعقود عليه الذي لم يوجد بعد، فكان هذا عيبًا حادثـًا بعد العقد قبل القبض، وإنه يوجب الخيار في البيع فكذا في الإجارة.

وذكر هذا المعنى في «شرح الطحاوي» على وجه الفرق، فقال: ولو حدث عيب بعد ما عقدَ عقد الإجارة فإنه يرده به أيضـًا بخلاف البيع، فإن في البيع إذا حدث به عيب بعد القبض فليس له أن يرده به، والفرق بينهما أن عقد الإجارة عقد يرد على المنفعة، فإذا حدث العيبُ قبل استيفاء المنفعة فكأنه حدثَ بعد العقد قبل القبض، وفي المبيع إذا حدثَ بعد العقد قبل القبض فإنه يرده به، فكذلك هاهنا.

قوله: وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ فَاتَتْ عَلَى وَجْهٍ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا، وذكر في «الذخيرة»: وإذا انقطع الماء عن الرحى في بعض المدة، نحو أن يستأجر رحي ماء كل شهر بأجر معلوم مسمى، فانقطع الماء عنها في بعض الشهر فلم يعمل، فللمستأجر الخيار، هكذا ذكر في «الأصل»، وهذا نص أن الإجارة لا تنفسخ بانقطاع الماء عن الرحى؛ لأن المعقود عليه وهو منفعة الطحن وإن فاتت قبل القبض؛ إلا أن العود موهوم، ومثله لا يوجب انفساخ العقد بل يثبت الخيار للعاقد، كالعبد المستأجر إذا أبق في مدَّة الخيار، فإن لم يفسخ حتى عاد الماء لزمه الإجارة فيما بقي من الشهر؛ لزوال الموجب للفسخ، ويرفع عنه الأجر بحساب ذلك، أي: بحساب ما انقطع من الماء في الشهر، حتى إذا انقطع الماء عشرة

الإِبَاقَ فِي البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الآجِرَ لَوْ بَنَاهَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلَا لِلْآجِرِ، وَهَذَا تَنْصِيصٌ مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخْ لكِنَّهُ يُفْسَخُ.

أيام يسقط الأجر بحصته عشرة أيام من الشهر، وذلك ثلث المسمى، وقال في «الأصل»: الماء إذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه في ذلك، وإذا نقص الماء من الرحى فإن كان النقصان فاحشًا فللمستأجر حق الفسخ، وإن كان غير فاحش فليس له حق الفسخ؛ لأن مدة الإجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبًا، وتخلو عن نقصان فاحش غالبًا.

قال القدوري رحمه الله في «شرحه»: إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه فهو نقصان فاحش.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الآجِرَ لَوْ بَنَاهَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ، أي: فيما إذا خربت الدار وبناها الآجر ليس للمستأجر أن يمتنع عن استدامة عقد الإجارة.

وذكر في «الذخيرة»: هذا فصل اختلف أصحابنا فيه، بعضهم قالوا: ينفسخ العقد بانهدام الدار، وانقطاع الماء عن الرحى، وانقطاع الشرب عن الأرض إذا لم يمكنه أن يزرع، واستدل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع: ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدًا أو غائبًا، فهذا إشارة إلى أن عقد الإجارة ينفسخ بانهدام الدار؛ لأنه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار.

ومنهم من قال: لا ينفسخ العقد بانهدام الدار، وبه كان يفتي شمس الأئمة، وشيخ الإسلام رحمهما الله، ولكن يثبت للمستأجر حق الفسخ بغيبة الآجر، واستدل هذا القائل بما روى هشام عن محمد رحمهما الله فيمن استأجر بيتًا فانهدم ثمَّ بناه الآجر، فليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر، وفيه إشارة إلى أن العقد لا ينفسخ بانهدام الدار؛ وهذا لأن المنفعة غير فائتة من كل وجه، فإن الانتفاع بالعرصة ممكن من وجه بأن يضرب خيمةً فيها، وإن فاتت المنفعة من كل وجهٍ، إلا أنَّها ما فاتت على سبيل التأبيد وإنما فاتت على وجه يحتمل العود، فأشبه إباق العبد المستأجر وذلك لا يوجب انفساخ العقد.

ونصَّ في إجارات «الأصل» في باب الرحى: أن الإجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع

(وَلَوِ انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى، وَالبَيْتُ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ فَعَلَيْهِ عَنِ الأَجْرِ بِحِصَّتِهِ)؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَتْ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ

الماء عنها.

وفي «فتاوى الفضلي»: المؤاجر إذا نقض الدار المستأجرة برضا المستأجر أو بغير رضاه لا تنتقض الإجارة؛ لأن الأصل باق، قال: وهذا بمنزلة ما لو غصب الدار المستأجرة من المستأجر، وهناك لا تنتقض الإجارة، بل يسقط الأجر عن المستأجر ما دامت الدار في يد الغاصب.

ومن المشايخ من قال: ينفسخ العقد بانهدام الدار ثم يعود بالبناء، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن الشاة المبيعة إذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد، ثم إذا دُبغ جلدها يعود العقد بقدره، كذا هاهنا، وإن بنى المؤاجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ العقد إن شاء، هكذا ذكر في النوادر، وهو يخالف رواية هشام عن محمدٍ رحمهما الله، ووجه هذه الرواية أن العقد قائم فيها؛ لأن الدار إذا كانت جديدة تكون أبرد في بعض الأوقات وأحر في بعضها.

وقال محمد رحمه الله في السفينة المستأجرة: إذا نقضت فصارت ألواحًا، ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر، قال: محمد رحمه الله: لا تشبه هذه الدار؛ لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينة أخرى، ألا ترى أن من غصب من آخر ألواحًا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك، فأمَّا عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها.

قوله: وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَتْ، فإن قلتَ: هذا الذي ذكره ينتقض طردًا وعكسًا، أمَّا الطرد: فهو أنه إذا استأجر دابة إلى مكان مسمى، فمات صاحب الدابة في وسط الطريق كان للمستكري أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر، وكذلك إذا استأجر أرضًا للزراعة فزرعها ثمَّ مات لا تنتقض الإجارة، ففي هاتين الصورتين وجد موت أحد المتعاقدين ولم تفسخ الإجارة، فانتقض طرد المسألة.

العَقْدُ تَصِيرُ المَنْفَعَةُ المَمْلُوكَةُ بِهِ أَوِ الأُجْرَةُ المَمْلُوكَةُ لِغَيْرِ العَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالعَقْدِ؛

وأمَّا عكسها: ففي صورة موت الموكل في الإجارة، فإنه لو مات الموكل ينفسخ عقد الإجارة، مع أن تقييد المسألة لانفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين يؤذن أن لا ينفسخ عند موت غير المتعاقدين، والموكل غير المتعاقدين، ومع ذلك ينفسخ عقد الإجارة بموته، والمسائل في «الذخيرة»، و«فتاوى قاضي خان» رحمه الله، فانتقض عكس المسألة.

قلتُ: أمَّا الأولى: فإنما لا تنتقض الإجارة بموت صاحب الدابة؛ لأن الحال حالة الضرورة والعذر، والإجارة تنعقد ابتداءً بالعذر، فإن من استأجر سفينة شهرًا فمضت المدة، والمستأجر في وسط البحر، فإنه ينعقد بينهما إجارة مبتدأة، فلأن تبقى حالة الضرورة والعذر بالطريق الأَوْلَى، ومواضع الضرورة والأعذار مستثناة عن الأصول، وبيان العذر أنه يخاف على نفسه وماله؛ لأنه لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة، ولا يكون ثمَّة قاضٍ حتى يرفع الأمر إليه فيؤاجر الدابة منه، حتى قال مشايخنا: لو وجد ثمَّة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الإجارة، وكذا لو كان الموت في موضع ثمَّة قاض تنتقض الإجارة؛ لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤاجر.

وكذلك الجواب عن فصل الأرض المزروعة، إنما يبقى عقد الإجارة في جواب الاستحسان للحاجة إلى دفع الضرر، فإن مثل هذه الحاجة تعتبر لإثبات عقد الإجارة ابتداءً، حتى إذا مضت المدة والزرع بقل يعقد بينهما عقد الإجارة إلى وقت الإدراك لدفع الضرر، فلأن يجوز إبقاء العقد لدفع الضرر أَوْلَى، والمستحسن من القياس لا يورد نقضًا على القياس، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

وأمَّا ما ادعيته من الإيذان بأن تقييد انفساخ العقد بموت أحد المتعاقدين يؤذن أن لا ينفسخ عند موت غير المتعاقدين، فنعم كذلك، إلا أن ذلك الغير يجب أن يكون غير الموكل؛ وذلك لأن المعنى الموجب لانفساخ العقد عند موت أحد المتعاقدين إذا كان العقد لأنفسهما موجود هاهنا، وهو بقاء عقد الإجارة لغير من وقع له عقد الإجارة، وذلك لا يجوز.

وذكر في «الذخيرة»: كل من وقع له عقد الإجارة إذا ماتَ تنفسخ الإجارة بموته، ومن لم يقع له العقد لا ينفسخ العقد بموته وإن كان عاقدًا كالوكيل، والأب، والوصي؛ وهذا لأن

....

موت من وقع له العقد إنما يوجب انفساخ العقد؛ لأن ابتداء العقد انعقد موجبًا للاستحقاق عليه، فإذا ماتَ وثبتَ الملك للوارث لو بقينا العقد يكون الاستحقاق واقعًا على الوارث، فيكون خلاف ما وقع عليه العقد ابتداءً، فأمَّا إذا لم يقع له العقد لو بقينا العقد بعد موته يكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد؛ لأن المستحق عليه قائم، وكذا المستحق.

ثم انفساخ عقد الإجارة عند موت أحد المتعاقدين مذهبنا خلافًا للشافعي رحمه الله، وقال الشافعي رحمه الله: لا ينتقض لا بموتهما، ولا بموت أحدهما إلا في خصلة واحدة، وهي ما إذا شرط على الخياط أن يخيط بنفسه فماتَ الخياط، وهو بناء على أصله أن المنافع جعلت كالأعيان القائمة، ثم العقد على العين لا يبطل بموت أحد المتعاقدين، فكذلك العقد على المنافع؛ وهذا لأنَّها لما جعلت كالعين قد تمَّ الاستحقاق في الكل، وبموت المستأجر لا يتغير ذلك؛ لأن وارثه يخلفه فيما كان مستحقًا له.

ولنا طريقتان: أحدهما في موت المؤاجر، فنقول: المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤاجر، وقد فات ذلك بموته فتبطل الإجارة؛ لفوات المعقود عليه، وبيان ذلك: أن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث، والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة؛ لما أن الإجارة تجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة، وليس له ولاية إلزام العقد في ملك الغير.

والطريق الآخر في موت المستأجر: أنه لو بقي العقد بعد موته إنما يبقى على أن يخلفه الوارث، والمنفعة المجرَّدة لا تورث، ألا ترى أن المستعير إذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة، وقد بيَّنا أن المستعير مالك المنفعة، وفي حكم التورث لا فرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين، ولهذا قلنا: لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية؛ لأن المنفعة لا تورث، والدليل عليه أنه لو أوصى برقبة عبده لإنسان وبخدمته للآخر، فرد الموصى له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي؛ لأن المنفعة المجرَّدة لا تورث؛ وهذا لأن الوراثة خلافة، فلا يتصور ذلك إلا فيما تبقى وقتين، ليكون ملك المورث في الوقت الأول، ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثانِي، والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر

لِأَنَّهُ يَنتَقِلُ بِالمَوْتِ إِلَى الوَارِثِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ (وَإِنْ عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ لَمْ تَنْفَسِخْ) مِثْلُ الوَكِيلِ وَالوَصِيِّ وَالمُتَوَلِّي فِي الوَقْفِ لِانْعِدَامِ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ مِنَ المَعْنَى.

قَالَ: (وَيَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِي الإِجَارَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَصِحُّ؛

لا تبقى لتورث، والتي تحدث بعده لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها، فالملك لا يسبق الوجود، وإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد فيه، كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج؛ لأن وارثه لا يخلفه فيه، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ يَنتَقِلُ بِالمَوْتِ إِلَى الوَارِثِ وَذَلِكَ لا يَجُوزُ، أي: لأن الملك بالإرث فيما يثبت فيه الإرث إنَّما يثبت للوارث بطريق الانتقال من المورث إلى الوارث، وذلك لا يتصور في المنفعة والأجرة المملوكة؛ لأن عقد الإجارة تنعقد ساعةً فساعةً على المنافع، فلو قلنا بذلك يصير ملك الوارث مستحقًّا بالعقد على الوارث في المنافع، فهو لا يجوز؛ لأن استحقاق الشيء على غير العاقد إنما يصح فيما يبقى، كما في الأعيان لا في المنافع.

فإن قيل: لمَّا كانت الإجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة، ينبغي أن تعمل إجازة الوارث فيه؛ لأن العين الذي تحدث فيه المنفعة صار ملكه، كما في تصرف الفضولي.

قلنا: إنما لم تعمل إجازته؛ لأنه لم يتوقف على حقه عند العقد فلا يتوقف على إجازته، والفقه فيه ما بيَّنا أن الوارث إنما يقوم مقام المورث في أملاكه، لا في أقواله، ولا في عقوده التي عقدها لنفسه وعليه، كما إذا وهبَ شيئًا وماتَ قبل التسليم، أو وكل رجلًا ببيع ماله فلم يبعه حتى مات الموكل، فإن الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسألتين؛ لما قلنا: أنه لا يقوم مقامه في أقواله، وهذا بخلاف النكاح، حيث لا يبطل نكاح أمته بموت المولى؛ لأن ملك النكاح في حكم ملك العين، فلا يثبت للوارث بملكه رقبة الأمة حق ما بقي حق الزوج، كما لو باعه المولى لا يبطل النكاح، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَيَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِي الإِجَارَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَصِحُّ، صورته ما

لِأَنَّ المُسْتَأْجِرَ لا يُمْكِنُهُ رَدُّ المَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ لَوْ كَانَ الخِيَارُ لَهُ لِفَوَاتِ بَعْضِهِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمُؤَجِّرِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْلِيمُ أَيْضًا عَلَى الكَمَالِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الخِيَارَ.

وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ لا يُسْتَحَقُّ القَبْضُ فِيهِ فِي المَجْلِسِ فَجَازَ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ

ذكره في «المبسوط» فقال: رجل تكَارَى دارًا سنة على أنه فيها بالخيار ثلاثة أيام، فهو جائز عندنا، وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله لا يجوز، بناءً على الأصل الذي بيَّنا له أن جواز الإجارة بطريق أن المنافع جعلت كالأعيان القائمة، وإنما يكون ذلك إذا اتصل ابتداء المدة بالعقد، وباشتراط الخيار ينعدم ذلك؛ لأن ابتداء المُدَّة من حين يسقط الخيار، وإن جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار فيه غير ممكن أيضًا؛ لأن الخيار مشروط للفسخ، ولا بدَّ من أن يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار، وذلك مانع من الفسخ.

وحجتنا فيه أنه عقد معاوضة مالٍ بمالٍ فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع، وتأثيره أنه لمَّا كان المقصود بالعقد المال، وقد يقع بغتة قبل أن يروي المرء النظر فيه، فهو يحتاج إلى شرط الخيار فيه ليدفع الغبنَ فيه عن نفسه، والإجارة في هذا كالبيع، ألا ترى أنه في الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك في الرد بخيار الشرط، وأنه يحتمل الفسخ بالإقالة كالبيع، ويعتمد لزومه تمام الرضاء بخلاف النكاح، ثم إن كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل في ضمان المستأجر إلا بالاستيفاء، وما يتلف قبل ذلك يتلف لا في ضمانه، فلا تمنعه من الفسخ، فإن اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا.

قوله: وَلَوْ كَانَ لِلْمُؤَجِّرِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْلِيمُ أَيْضًا؛ لأن المستأجر إذا استأجر دارًا هذا الشهر مثلًا فعلى المؤجر التسليم شهرًا بكماله، فلمَّا مضى بعض الشهر لا يمكنه التسليم على الكمال.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ، هذا احتراز عن النكاح، فإن مطلق المعاملة تنصرف إلى المعاوضات، وفي بعض النسخ: أَنَّهُ عَقْدُ مُقَابَلَةٍ، أي: معاوضة؛ لأن فيها تقابل العوضين، وأمَّا النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة.

قوله: لا يُسْتَحَقُّ القَبْضُ فِيهِ فِي المَجْلِسِ، احتراز عن الصرف والسلم، فإن قبض

كَالبَيْعِ وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الحَاجَةِ، وَفَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ العَيْبِ، فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ البَيْعِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ رَدَّ الكُلِّ مُمْكِنٌ فِي البَيْعِ دُونَ الإِجَارَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهَا وَلِهَذَا يُجْبَرُ المُسْتَأْجِرُ عَلَى القَبْضِ إِذَا سَلَّمَ المُؤَجِّرَ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ المُدَّةِ.

البدل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار.

وقوله: بِخِلَافِ البَيْعِ، متعلق بقوله: وَفَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، أي: فَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ فِي الإِجَارَةِ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِالْخِيَارِ، بِخِلَافِ البَيْعِ، فإن فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط؛ لما أن التكليف إنما شرع بحسب الوسع والطاقة، ففي البيع رد المبيع كما هو ممكن، فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد، لإمكانه، ولم يشترط في الإجارة ذلك؛ لعدم إمكانه، حتى أنه إذا اشترى شيئًا ولم يعلم بأنه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر، لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث.

قوله: فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهَا، أي: فيشترط رد الكل في عقد البيع؛ لإمكانه، لا في عقد الإجارة؛ لعدم إمكانه.

قوله: وَلِهَذَا يُجْبَرُ المُسْتَأْجِرُ عَلَى القَبْضِ - أي: عندنا خلافًا للشافعي رحمه الله - إِذَا سَلَّمَ المُؤَجِّرَ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ المُدَّةِ، أي: مدة الإجارة؛ لأن تسليم الكل كما هو غير ممكن في الإجارة، وعلى هذا الأصل أيضًا ما ذكره في «المبسوط» بقوله: وإذا استأجر دارًا سنةً، فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر، وقد طلب التسليم أو لم يطلب، ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا، ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك.

وقال الشافعي رحمه الله: للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي، وهو بناء على الأصل الذي بيَّنا أن عنده المنافع في حكم الأعيان القائمة، فإذا فاتَ بعض ما يتناوله العقد قبل القبض

قَالَ: (وَتُفْسَخُ الإِجَارَةُ بِالأَعْذَارِ) عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا تُفْسَخُ إِلَّا بِالعَيْبِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الأَعْيَانِ حَتَّى يَجُوزَ العَقْدُ عَلَيْهَا فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ المَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ العُذْرُ فِي الإِجَارَةِ كَالعَيْبِ

يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة، فإنَّها تفرقت عليه قبل التمام، وذلك مثبت حق الفسخ، كما إذا اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض، وعندنا عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقادهما بحسب ما يحدث من المنفعة، فلا يتمكن تفرق الصفقة مع تفرق المعقود، وفوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر في عقد آخر، بخلاف البيع.

يوضحه: أنه لو استأجر دارين فانهدمت أحدهما بعد قبضهما لا يتخير في الأخرى، والمنافع بقبض الدار لم تدخل في ضمانه، فقد تفرقت الصفقة عليه قبل التمام؛ لأن تمام الصفقة بدخول المعقود عليه في ضمانه، ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ، فكذلك إذا كان الانهدام قبل القبض.

قوله: وَتُفْسَخُ الإِجَارَةُ بِالأَعْذَارِ عِنْدَنَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تُفْسَخُ، أي: بعذر وبغير عذر، وإنما تفسخ بعيب كما في البيع، وعند شريح رحمه الله تفسخ بعذر وبغير عذر، حتى رُوي أنه خاصم إليه بقال قد أجره رجل بيتًا، فألقى إليه مفتاحه في وسط الشهر، فقال شريح: هو بريء من البيت، فإن عنده الإجارة لا يتعلق بها اللزوم، ولكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه؛ لأنه عقد على المعدوم كالعارية، والجواز للحاجة، ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم، ولسنا نأخذ بهذا؛ لأنَّها معاوضة فيجب النظر للجانبين، ولا نظر بدون صفة اللزوم.

وكان ما قاله الشافعي على مقابلة ما قاله شريح رحمهما الله، ونحن فصلنا بينهما، فإن أبا حنيفة رحمه الله أخذ بمذهب شريح رحمه الله من وجه فقال: إن ألقي إليه المفتاح بعذر له فهو بريء من البيت، والعذر أن يريد سفرًا، أو يمرض فيقوم من البيت، أو يفلس فيقوم من السوق، فشريح رحمه الله جعل هذا العقد في نهاية الضعف، والشافعي رحمه الله جعله في نهاية القوة، وفي هذا العقد دليل القوة والضعف فيجب العمل بهما؛ وذلك لأن العقد عقد معاوضة وهو دليل قوته، وعدم ما يُضاف إليه العقد دليل ضعفه، وما تجاذبه الدليلان يوفر

قَبْلَ القَبْضِ فِي البَيْعِ فَتَنْفَسِخُ بِهِ، إِذِ المَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجْزُ العَاقِدِ عَنِ المُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلَّا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ، وَهَذَا هُوَ مَعْنَى العُذْرِ عِنْدَنَا (وَهُوَ كَمَنِ اسْتَأْجَرَ حَدَّادًا لِيَقْلَعَ ضِرْسَهُ لِوَجَعٍ بِهِ فَسَكَنَ الوَجَعُ أَوِ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامَ الوَلِيمَةِ فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ تُفْسَخُ الإِجَارَةُ)؛ لِأَنَّ فِي المُضِيِّ عَلَيْهِ الزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالعَقْدِ (وَكَذَا مَنِ اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ، وَكَذَا مَنْ أَجَرَ دُكَّانًا أَوْ دَارًا ثُمَّ أَفْلَسَ، وَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ لا يَقْدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلَّا بِثَمَنِ مَا أَجَرَ فَسَخَ القَاضِي العَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدُّيُونِ)؛ لِأَنَّ فِي الجَرْيِ عَلَى مُوجِبِ العَقْدِ إِلْزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالعَقْدِ وَهُوَ الحَبْسُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لا يُصَدَّقُ عَلَى عَدَمِ مَالٍ آخَرَ. ثُمَّ قَوْلُهُ فَسَخَ القَاضِي العَقْدَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى قَضَاءِ القَاضِي فِي النَّقْضِ، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُذْرِ الدَّيْنِ.

حظه عليهما، فلدليل القوة قلنا: لا ينفسخ بغير عذر، ولدليل الضعف قلنا: ينفسخ بالعذر عملًا بِهما بقدر الإمكان؛ ولأن معنى النظر للجانبين به متحقق؛ لأنه عند الفسخ بعذر يقصد دفع الضرر عن نفسه، وعند الفسخ بغير عذر يقصد الإضرار بالغير، فكان النظر للجانبين فيما قلنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: إِذِ المَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجْزُ العَاقِدِ عَنِ المُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلَّا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ، فإن عندنا جواز هذا العقد له للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بأصل القياس وقلنا: العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية، كذا في «المبسوط».

قوله: أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ؛ لأن فيه خلاف الشافعي رحمه الله على ما ذكرنا.

وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُذْرٌ فَإِنَّ الإِجَارَةَ فِيهِ تُنْتَقَضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَضَاءِ القَاضِي. وَوَجْهُهُ أَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ فِي المَبِيعِ عَلَى مَا مَرَّ فَيَنْفَرِدُ العَاقِدُ بِالفَسْخِ.

وَوَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَلا بُدَّ مِنَ إِلْزَامِ القَاضِي، وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ العُذْرُ ظَاهِرًا لا يَحْتَاجُ إِلَى القَضَاءِ لِظُهُورِ العُذْرِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ كَالدَّيْنِ يَحْتَاجُ إِلَى القَضَاءِ لِظُهُورِ العُذْرِ (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا ثُمَّ بَدَا لَهُ مِنَ السَّفَرِ

قوله: وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ العُذْرُ ظَاهِرًا، بأن ماتت المرأة أو اختلعت فيما إذا استأجر طبَّاخـًا ليطبخ طعام الوليمة، أو ماتَ الولد إذا استأجر الختان ليختنه، وجعل الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ما ذكره في «الزيادات» أصح، وقال في إجارات «المبسوط» في باب انتقاض الإجارة: وليس للمستأجر أن يفسخ البيع، فإن كان على المؤاجر دين فحبس في دينه باعه؛ لأن عليه في إبقاء العقد ضررًا لم يلتزم ذلك بالعقد، وهو الحبس إلى سقوط حق المستأجر عن العين.

ثمَّ قال: وظاهرُ ما يقوله هاهنا يدل على أنه يبيعه بنفسه فيجوز، وقد ذكر في «الزيادات» أنه يرفع الأمر إلى القاضي؛ ليكون هو الذي يفسخ الإجارة ويبيعه هو الأصح؛ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة.

وجعل الإمامُ قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله قولَ من توافق أصح، فقال: وإذا تحقق العذر ومسَّت الحاجة إلى النقض هل ينفرد صاحب العذر بالنقض، أو يحتاج إلى القضاء، أو إلى الرضاء؟ اختلفت الروايات فيه، والصحيح أن العذر إذا كان ظاهرًا ينفرد، وإن كان مشتبهًا لا ينفرد، ثم إذا أراد القاضي فسخ الإجارة لأجل الدين اختلفوا فيه، فقال بعضهم: يبيع الدار أولًا فينفذ بيعه فتنفسخ الإجارة ضمنًا لبيعه، وقال بعضهم: تنفسخ الإجارة أولًا ثم يبيع، ولو أظهر المستأجر في الدار شيئـًا من أعمال الشرِّ كشرب الخمر، وأكل الربا، أو الزنا واللواطة، فإنه يؤمر بالمعروف، وليس للمؤاجر ولا للجيران أن يخرجوه من الدار.

فَهُوَ عُذْرٌ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَضَى عَلَى مُوجِبِ العَقْدِ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ لِلْحَجِّ فَذَهَبَ وَقْتُهُ أَوْ لِطَلَبِ غَرِيمِهِ فَحَضَرَ أَوْ لِلتِّجَارَةِ فَافْتَقَرَ (وَإِنْ بَدَا لِلْمُكَارِي فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعُذْرٍ)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْعُدَ وَيَبْعَثَ الدَّوَابَّ عَلَى يَدِ تِلْمِيذِهِ أَوْ أَجِيرِهِ (وَلَوْ مَرِضَ المُؤَاجِرُ فَقَعَدَ فَكَذَا الجَوَابُ) عَلَى رِوَايَةِ الأَصْلِ. وَرَوَى الكَرْخِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لا يَعْرَى عَنْ ضَرَرٍ فَيَدْفَعُ عَنْهُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ دُونَ الِاخْتِيَارِ (وَمَنْ آجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ)؛ لِأَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالمُضِيِّ

وفي «الذخيرة»: فإن صاحب الدار يمنع المستأجر عن ذلك بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولكن لا يصير ذلك عذرًا في فسخ الإجارة.

قوله: بَدَا، يُقال: بدا له في هذا الأمر بداءً، ممدودًا، أي: نشأ له فيه رأي، وهو ذو بدَاءةٍ.

قوله: وَإِنْ بَدَا لِلْمُكَارِي فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعُذْرٍ، إلى آخره، وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله أنه قال: إذا امتنع رب الدابة من الخروج فهذا لا يكون عذرًا له، وإن مرض فهو عذر له؛ لأنه يقول: غيري لا يشفق على دابتي، ولا يقوم بتعاهدها كقيامي، وإذا تعذر عليه الخروج للمرض يلحقه في إبقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد.

قوله: وَلَوْ مَرِضَ المُؤَاجِرُ، أي: المكاري، والمسألة التي قبل هذا في بدآء المكاري، وهذه في مرضه، فعلى رواية «الأصل» لا فرق بينهما في أنَّهما لا يعذران، وعلى رواية الكرخي رحمه الله فيما إذا مرض المكاري يعذر، وفي مجرد البدَآء لا يعذر، وهذا التفصيل موافق لما روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله على ما ذكرنا من رواية «المبسوط».

قوله: وَمَنْ آجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ، أي: بيعه ليس بعذر في فسخ الإجارة؛ لأنه لا ضررَ عليه في إبقاء العقد إلا قدر ما إلتزمه عند العقد، وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستأجر إلى انتهاء المدَّة، فإن باعه مع هذا هل يجوز؟ اختلفت ألفاظ الروايات فيه.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح إجارات «الأصل»: والصحيح من الرواية

عَلَى مُوجِبِ عَقْدٍ، وَإِنَّمَا يَفُوتُهُ الِاسْتِرْبَاحُ وَأَنَّهُ أَمْرٌ زَائِدٌ (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الخَيَّاطُ غُلَامًا فَأَفْلَسَ وَتَرَكَ العَمَلَ فَهُوَ العُذْرُ)؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالمُضِيِّ عَلَى مُوجِبِ العَقْدِ لِفَوَاتِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ رَأْسُ مَالِهِ، وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ خَيَّاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، أَمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجْرٍ فَرَأْسُ مَالِهِ الخَيْطُ وَالمَخِيطُ وَالمِقْرَاضُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الإِفْلَاسُ فِيهِ.(وَإِنْ أَرَادَ تَرْكَ الخِيَاطَةِ، وَأَنْ يَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُقْعِدَ الغُلَامَ لِلْخِيَاطَةِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الصَّرْفِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ

أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع، وإليه مال الصدر الشهد رحمه الله حتى قالوا: لو استغنى فقيه عن بيع المستأجر قبل مضي أيام الفسخ يكتب في جوابه في حق المستأجر: لا، ولو جاء أيام الفسخ ينفذ بيع الآجر وتنفسخ الإجارة في الصحيح من الجواب، وللمستأجر حق الحبس لاستيفاء الأجرة، وهذا إذا لم يكن له عذر في البيع، وإن كان على المؤاجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر؛ لأن عليه في إبقاء العقد ضررًا لم يلتزمه بأصل العقد، وهو الحبس في المجلس إلى وقت سقوط حق المستأجر، فيكون عذرًا له في الفسخ لدفع الضرر عن نفسه، إليه أشار رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في قوله: «إذا استقبلك بلاءٌ فاجعل مالك دون نفسك».

فإن قيل: ينبغي أن لا يحبسه القاضي إذا علم أن حق المستأجر تعلق بماله، بل يؤخر الحبس إلى أن تنقضي الإجارة.

قلنا: القاضي لا يصدقه في أنه لا وفاءَ له إلا من ثمن المستأجر فيحبسه لهذا، كذا في «الذخيرة»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الخَيَّاطُ غُلَامًا - أي: ليخيط معه - فَأَفْلَسَ الخيَّاط، كذا في «الذخيرة»، فلا يتحقق الإفلاس فيه، عُلم بهذا أن المراد من إفلاس الخياط هو الخياط الذي يعمل لنفسه، حيث يحتاج فيه إلى شراء الثياب ليخيطها ويبيعها، على أن الخياط الذي يعمل لغيره بأجر قد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس، فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه،

فَأَرَادَ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَشْتَغِلَ بِعَمَلٍ آخَرَ حَيْثُ جَعَلَهُ عُذْرًا ذَكَرَهُ فِي الأَصْلِ؛ لِأَنَّ الوَاحِدَ لا يُمْكِنُهُ الجَمْعُ بَيْنَ العَمَلَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا العَامِلُ شَخْصَانِ فَأَمْكَنَهُمَا.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا يَخْدُمُهُ فِي المِصْرِ ثُمَّ سَافَرَ فَهُوَ عُذْرٌ)؛ لِأَنَّهُ لا يَعْرَى عَنْ إِلْزَامِ ضَرَرٍ زَائِدٍ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ، وَفِي المَنْعُ مِنَ السَّفَرِ ضَرَرٌ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالعَقْدِ فَيَكُونُ عُذْرًا (وَكَذَا إِذَا أَطْلَقَ) لِمَا مَرَّ أَنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالحَضَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ عَقَارًا ثُمَّ سَافَرَ؛ لِأَنَّهُ لا ضَرَرَ إِذِ المُسْتَأْجِرُ يُمْكِنُهُ اسْتِيفَاءُ المَنْفَعَةِ مِنَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ بَعْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّى لَوْ أَرَادَ المُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ فَهُوَ عُذْرٌ لِمَا فِيهِ مِنَ المَنْعِ مِنَ السَّفَرِ أَوْ إِلْزَامِ الأَجْرِ بِدُونِ السُّكْنَى وَذَلِكَ ضَرَرٌ.

أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحال أن الناس لا يأتمنونه على أمتعتهم، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا يَخْدُمُهُ فِي المِصْرِ ثُمَّ سَافَرَ فَهُوَ عُذْرٌ، وإن قال المؤاجر للقاضي: إنه لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الإجارة، وقال المستأجر: أنا أريد السفر، فالقاضي يقول للمستأجر: مع من تخرج؟ فإن قال: مع فلان وفلان، فالقاضي يسألهم: أن فلانًا هل يخرج معكم؟ وهل استعد للخروج؟ فإن قالوا: نعم، ثبت العذر، وإلا فلا؛ وهذا لأن الخروج لا بدَّ له من الاستعداد، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُواْ ٱلْخُرُوجَ لَأَعَدُّواْ لَهُۥ عُدَّةً﴾ [التوبة: ٤٦].

وبعض مشايخنا قالوا: القاضي يحكم بزيه وثيابه، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرًا؛ وهذا لأن الزيّ والسيما حجة يجب العمل بها عند اشتباه الحال، وبعضهم قالوا: إذا أنكر المؤاجر السفر فالقول قوله، وبعضهم قالوا: القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمتَ على السفر، وإليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله.

وكذلك لو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله: إنك قد خرجت قاصدًا إلى الموضع الذي ذكرتَ، ولو أراد رب العبد أن يسافر لا يكون له ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة؛ لأنه يمكنه إبقاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في مكان معين، بأن يخرج إلى السفر ويخلي بين المستأجر وبين العبد، كذا في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا أَوِ اسْتَعَارَهَا فَأَحْرَقَ الحَصَائِدَ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ مِنْ أَرْضٍ أُخْرَى فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ فَأَشْبَهَ حَافِرَ البِئْرِ فِي دَارِ نَفْسِهِ. وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتِ الرِّيَاحُ هَادِئَةً ثُمَّ تَغَيَّرَتْ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُضْطَرِبَةً يَضْمَنُ؛

مسائلُ منثورةٌ

حصد الزرع: جزَّه من باب طلبَ وضربَ، وحصائد الزرع: جمع حصيد وحصيدة، وهما الزرع المحصود، وأريد هاهُنا ما يبقى في الأرض من أصول القصب المحصود، كذا في «المغرب».

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ؛ لأنه حصل الشرط لا على وجه التعدي، ومحصل الشرط إذا لم يكن متعديًا يكون ضامنًا، كمن حفر بئرًا في دار نفسه فوقع فيها إنسان فماتَ، حتى لو كان متعديًا بأن سقاه سقيًا لا يتحمله الأرض فتعدي إلى أرض جاره يضمن؛ لأنه لم يكن منتفعًا بملكه فيما فعل بل كان متعديًا.

وفي «جمع الناطفي»: أخرج الحداد الحديد من الكير، وذلك في حانوته فوضعها على الفلاة وضربها بمطرقة، فخرج شررها إلى طريق العامة وأحرق شيئًا ضمن، ولو لم يضرب لكن أخرج الريح شررها فأحرق شيئًا لم يضمن، ولو وضع جمرةً في الطريق فأحرقت شيئًا يضمن، ولو رفعته الريح إلى شيءٍ فأحرقته لا يضمن، كذا ذكره الإمام قاضي خان والتمرتاشي رحمهما الله.

قوله: وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتِ الرِّيَاحُ هَادِئَةً، بالنون من هَدنَ، أي: سكن، وفي نسخة:

لِأَنَّ مُوقِدَ النَّارِ يَعْلَمُ أَنَّهَا لا تَسْتَقِرُّ فِي أَرْضِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقْعَدَ الخَيَّاطُ أَوِ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ العَمَلَ بِالنِّصْفِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الوُجُوهِ فِي الحَقِيقَةِ، فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهَذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعْمَلُ فَيَنْتَظِمُ بِذَلِكَ المَصْلَحَةُ فَلَا تَضُرُّهُ الجَهَالَةُ فِيمَا يَحْصُلُ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمَلًا وَرَاكِبَيْنِ إِلَى مَكَّةَ جَازَ وَلَهُ المَحْمَلُ المُعْتَادُ) وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِلْجَهَالَةِ وَقَدْ يُفْضِي ذَلِكَ

هَادِئَةً، من هدأ بالهمز أي: سكن، وهذا القول الذي ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا أَقْعَدَ الخَيَّاطُ أَوِ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ العَمَلَ بِالنِّصْفِ فَهُوَ جَائِزٌ، وصورة المسألة إذا كان للقصار أو للصباغ دكان معروف، وهو رجل مشهور عند الناس، وله جاه ولكنه غير حاذق، فيقعد في دكانه رجلًا حاذقًا ليتقبل القصار العمَلَ من الناس، ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيءٍ فهو بينهما نصفان، وهذا في القياس فاسد؛ لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة، والمنافع لا تصلح رأس مال الشركة، ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف، وهو مجهول؛ لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل، وذلك مجهول أيضًا.

والطحاوي رحمه الله أخذ في هذه المسألة بالقياس وقال: القياس عندي أَوْلَى من الاستحسان، وفي الاستحسان يجوز هذا؛ لأن هذا وشركة التقبل في العمل بأبدانِهما سواء، فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل، وكل واحد منهما يجب به الأجرُ فجاز.

وإنما قلنا: أن تصحيحه ممكن؛ لأنَّهما شرطا أن يكون الخارج من عمل التلميذ بينهما على الشركة، ولا صحة لذلك إلا بعد إثبات الشركة في التقبل، فتثبت الشركة في التقبل اقتضاءً؛ إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل، وتخصيص الشيء

إِلَى المُنَازَعَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الرَّاكِبُ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالمَحْمَلُ تَابِعٌ، وَمَا فِيهِ مِنَ الجَهَالَةِ يَرْتَفِعُ بِالصَّرْفِ إِلَى المُتَعَارَفِ فَلَا يُفْضِي ذَلِكَ إِلَى المُنَازَعَةِ وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرَ الوَطَاءَ وَالدُّثُرَ.

قَالَ: (وَإِنْ شَاهَدَ الجَمَّالُ الحِمْلَ فَهُوَ أَجْوَدُ)؛ لِأَنَّهُ أَنْفَى لِلْجَهَالَةِ وَأَقْرَبُ إِلَى تَحَقُّقِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ جَازَ لَهُ

بالذكر لا يدل على نفي ما وراءه، فأمكننا إثباتُ الشركة في التقبل اقتضاءً فكأنَّهما اشتركا في التقبل، فلو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر يجوز، فكذا هنا؛ لأن في شركة التقبل في العمل إذا غاب أحدهما، أو مرض ولم يعمل، وعمل الآخر فالأجر بينهما؛ لأن الآخر بالتقبل وقد استويا فيه، فكذا هنا، كذا في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي، والمحبوبي رحمهما الله.

الوَطَاءُ: بِسْتَر، ونِهَالِي گُسْتَرْدَه[1]، والدّثار: جامه كه بر جامه ديگر پوشند، كذا في «تاج الأسامي».

قوله: وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ البَعْضِ، هذا جواب إشكال مقدر وهو أن يقال: مطلق العقد محمول على العادة، وفي عادة المسافرين أنَّهم يأكلون من الزاد، ولا يردون شيئًا مكانه، فقال في جوابه: العرف مشترك بأنه معتاد عند البعض، فكان العمل فيه بالإطلاق أَوْلَى، وهو أن المكاري قبل الحمل المسمَّى من موضع إلى موضع، وإنما يكون ذلك بردِّ ما انتقص من الزَّاد؛ لأن ذلك عادة عند البعض وعرفهم، وينصرف المطلق إلى المتعارف.

وبيان هذا السؤال والجواب فيما ذكره في «شرح الأقطع»، وقال: وَإِنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عِوَضَ مَا أَكَلَ، وقال بعض

(١) هذين اللفظين من اللغة الفارسية، بمعنى السرير، وفراش النوم، والمضجع.

أَنْ يَرُدَّ عِوَضَ مَا أَكَلَ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ حِمْلًا مُسَمًّى فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ (وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِنَ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ) وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ البَعْضِ كَرَدِّ المَاءِ فَلَا مَانِعَ مِنَ العَمَلِ بِالإِطْلَاقِ.

أصحاب الشافعي رحمه الله: لا يستبدل، دلُيلنا أنه استحق عليه حمل قدر من الزاد، فإذا نقص كان له رد بدله كالماء؛ ولأن ما شرط حملُه وزناً إذا نقص له رد مثله أصلُه المتاع.

فإن قيل: مطلق العقد يُحمل على العرف، أصله نقد البلد، والعرف أنَّهم يأكلون ولا يردون بدله، ويشربون الماء ويردون بدله، فحُمل العقد على المعتاد، قيل له: إذا شرطوا حمل وزن معلوم فلم يطلقوا العقد، بل بيَّنوا المعقود عليه، ثم هذه العادة منقسمة قد يردون وقد لا يردون، فلم يصح الرجوع إلى العادة مع انقسامها، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ المُكَاتَبِ

كتابُ المكاتب

أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة؛ لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال، على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الإصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع، والطلاق، والعتاق.

وقدم عقد الإجارة؛ لأنه أشبه بعقد البيع من حيث التمليك والشرائط، وجريانه في غير المولى وعبده، فلمَّا قدم البيوع وما يتبعها قدم أيضـًا ما يشبهها.

ثمَّ من محاسن عقد الكتابة أن كل واحد من المولى والعبد يصل في الجري على موجب العقد إلى متمنَّاه من أمور العاجلة، ومَبْتَغَاهُ من أمور الآجلة، فإن المولى كما يحوز بدل الكتابة بالإرفاق، كذلك يحرز ثواب الآخرة بالإعتاق، وكذلك العبد كما ينال شرف الحرية الدنياويَّة، كذلك يبلغ إلى اكتساب أسباب السعادة العقباويَّة، على وجه ينبغي به تحمل بعض المِنَّة، ويُتَصوَّنُ به ما يوجب ضعف المُنَّة، فإن العبد يظن أنه عتق بسعي نفسه، مع أن المولى يصل إلى ثواب عتقه، ولهذا كان الولاء للمولى، وإن حصل العتق بأداء حطام الدنيا.

ومن محاسنه أيضـًا الاستنان بسنة ما عامل الله تعالى به عباده، فإن الخلق كلهم عبيد الله وإماؤه، لكن أعطاهم من حرية اليد والملك الظاهر بقدر ما يسعى في فكاك رقبتهم، فإن كل واحد منَّا رهين كسبه، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ۝٣٨﴾ [المدثر: ٣٨]، وهو يسعى في خلاص نفسه، وبدل كتابته الوفاء بعهد الله تعالى بإيتمار أوامره، والإنزجار عن نواهيه، والثبات على العبادة والإيمان باليقين، قال الله تعالى: ﴿وَٱعْبُدْ رَبَّكَ حَتَّىٰ يَأْتِيَكَ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَى عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَى مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ وَقَبِلَ العَبْدُ ذَلِكَ

ٱلْيَقِينُ ﴿٩٩﴾ [الحجر: ٩٩]، فعند ذلك حاله وفاء بدل الكتابة، فمن وفي بعهده فقد أدى بدل الكتابة، واستحق الخلاص، ومن لم يف ذلك عياذًا بالله لم يواف المناص، فكذلك هاهنا إن نفس العبد وكسبه لمولاه، ثم جعل المولى جزاء عتقه في ملكه يملكه نيلًا لما يرجوه في عقباه، فنرجوا من الله الكريم أن يساهل بنا فيما عاملنا في بدل الكتابة، ويجعلنا من الذين أوفوا بعهودهم، ووصلوا إلى ما أعدَّ الله لهم من الكرامات العلية بوفودهم، فإن حكمًا من أحكامه في بدل الكتابة يقوي رجاءنا عنده، وذلك أن من قال لعبده: أدِّ إليَّ ألفًا وأنت حر، فاكتسب العبد وسعى في تحصيل الألف على ما أمره المولى به، وأتى به إلى المولى فالشرع أنزل المولى قابلًا لما أتى به وحكم بحرية العبد، حتى لو ردَّه المولى وقال: لا أقبل، لا يعتبر رده، فلمَّا جعل الله تعالى عبده قابلًا لسعي مملوكه له كيلا يخيب في سعيه مع لومه ونقصانه، كان الله تعالى أحق أن يقبل ولا يخيب عبده مع كرمه وكمال برهانه، حتى يوافق حكمُه مع عباده حكمَه الذي شرع بين عباده، فإن فضل الله تعالى ورحمته هو المرجوّ منه، وكرمه الواسع هو المرغوب فيه.

ثم نحتاج هاهنا إلى معرفة سبعة أشياء: معرفة معنى الكتابة لغةً وشرعًا، وسببها، وركنها، وشرطها، وحكمها، وألفاظها.

أمَّا اللغة: فإن مدار التركيب دال على الجمع والضم، ومنه: كتبَ النعل والقربةَ، أي: حرزَها، والكتب الحرز، والواحدة كتبةٌ، ومنه فعل الكتابة؛ لما فيه من جمع الحروف والكلمات، والكتيبة للجيش؛ لانضمام البعض إلى البعض.

وأمَّا شرعًا: فإنَّها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة، أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجيء، على أداء العبد مالًا معلومًا بمقابلة عتق يحصل له عند أدائه.

فإن قلتَ: إذا علق المولى عتقه بأداء المال يحصل له العتق عند أدائه، فعلى هذا لا يبقى الفرق بين الكتابة وتعليق العتق بالمال؟

قلتُ: وقع الاحتراز عن التعليق بقولنا: فإنه عبارة عن عقد بين المولى والعبد، وهو

صَارَ مُكَاتَبًا) أَمَّا الجَوَازُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾

عبارة عن الإيجاب والقبول، وذلك غير مشروط في التعليق فإن التعليق يتم بالمولى، بخلاف الكتابة فإنه عقد معاوضة فلا بد من الإيجاب والقبول بينهما، وكذلك وقع الاحتراز عن الإعتاق على مال بقولنا: بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه، فإن الإعتاق على مال يحصل بقوله: أعتقتُك على ألف درهم، وقبل العبد كان إعتاقًا على مال ولا يكون كتابةً.

فإن قلتَ: ما الفرق بين الإعتاق على مال وبين الكتابة من حيث الحكم، فإنَّهما يتشابهان، فإن في كل واحد منهما حصول المال للمولى بمقابلة حصول العتق للعبد.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن عقد الكتابة عقد معاوضة يقال ويفسخ ولا يملك المولى بيعه، بخلاف الإعتاق على مال، فإن ذلك يمين بالإعتاق من جانب المولى، حتى أن المكاتب يملك كتابة عبده ولا يملك الإعتاق على مال، ذكره في «المبسوط»، وهذا فرق ظاهر.

ثمَّ معنى الضم مراعى؛ لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة، فإن العبد يصير حرًّا يدًا في الحال، ثم ينضم إلى هذه الحرية حرية الرقبة عند أداء بدل الكتابة، أو فيه ضم المولى العبدَ إلى نفسه في إثبات صفة المالكية له يدًا، فإن العبد بعقد الكتابة صار مالكًا نفسه وكسبه يدًا، حتى يختص بالتصرف في نفسه وكسبه.

وأمَّا سببها: فهو الرغبة الباعثة للمولى والعبد على مبتغاهما الذي ذكرناه عند ذكر المحاسن من نيل المولى بدل الكتابة، والعبد لشرف الحرية.

وأمَّا ركنها: فالإيجاب والقبول.

وأمَّا شرطها على الخصوص: فقيام الرق في المحل، وكون المسمى معلوم القدر والجنس أيضًا، إلا أنه ليس من شرطها على الخصوص، وأمَّا كون بدلها مؤجلًا ومنجمًا ليس بشرط عندنا.

وأمَّا حكمها: فمن جانب العبد انفكاك الحجر في الحال، وثبوت حرية اليد حتى يصير العبد أخص بمنافعه ورقبته، ويذهب للتجارة حيث شاء، ولهذا لا يملك المولى منعه عن السفر، حتى لو شرط عليه أن لا يخرج من البلدة كان باطلًا، وحكم العقد ما يثبت

[النور: ٣٣] وَهَذَا لَيْسَ أَمْرَ إيجَابٍ بِإِجْمَاعٍ بَيْنَ الفُقَهَاءِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الحَمْلِ عَلَى الإِبَاحَةِ إِلْغَاءُ الشَّرْطِ إِذْ هُوَ مُبَاحٌ بِدُونِهِ، أَمَّا النَّدْبِيَّةُ مُعَلَّقَةٌ بِهِ، وَالمُرَادُ بِالخَيْرِ المَذْكُورِ عَلَى مَا قِيلَ أَنْ لا يَضُرَّ بِالمُسْلِمِينَ بَعْدَ العِتْقِ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَالأَفْضَلُ أَنْ لا يُكَاتِبَهُ وَإِنْ كَانَ يَصِحُّ لَوْ فَعَلَهُ.

بالعقد المطلق، وهذا الحكم يثبت فيه بمطلق العقد، فكان حكمه وحكمها في الثاني ثبوت حرية الرقبة إذا أدى بدل الكتابة، حتى أن المكاتب يعتق عند أداء بدل الكتابة، سواءٌ قال له المولى في عقد الكتابة: على أنك إن أديتَ إليَّ كذا فأنت حر، أو لم يقل ذلك واقتصر على قوله: كاتبتك.

وأمَّا من جانب المولى فحكمها في الحال ثبوت ولاية المطالبة للمولى ببدل الكتابة، وفي الثانية حقيقة الملك في البدل إذا قبضه.

وأمَّا ألفاظها: فقد قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل قال لعبده: قد جعلتُ عليك ألفًا تؤديها إليَّ نجومًا، أول النجم كذا، وآخره كذا، فإذا أدَّيتها فأنت حر، فإن عجزتَ فأنت رقيق فهو مكاتب.

وفي الوصايا: إذا قال لعبده: أد إليَّ ألف درهم كل شهر مائة وأنت حر، قال: هذا مكاتب وهو جائز، كما لو قال لغيره: أد إليَّ ألف درهم وهذا العبد لك، يكون بيعًا، ولو قال لعبده: قد كاتبتُك على مائة دينار، قد كاتبتك على مائة درهم فقال: قبلتُ الأول، له ذلك، ولو قال: قبلتُ، ولم يبين فهو على الآخر، كذا في «الذخيرة»، و«المغني» وغيرهما.

قوله: وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قولين آخرين: أحدهما قول داود ومن تابعه، فإنَّهم يقولون: إذا طلب العبد من مولاه أن يكاتبه، وقد علم المولى فيه خيرًا يجب عليه أن يكاتبه؛ لأن الأمر وهو قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣] يفيد الوجوب، والثاني قول بعض مشايخنا، فإنَّهم يقولون: هذا الأمر وهو قوله: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ لبيان الإباحة لا للندب، كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُواْ﴾ [المائدة: ٢]، وقوله: ﴿إِنْ

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ قَبُولِ العَبْدِ فَلِأَنَّهُ مَالٌ يَلْزَمُهُ فَلا بُدَّ مِنَ الْتِزَامِهِ وَلا يُعْتَقُ إلَّا بِأَدَاءِ كُلِّ البَدَلِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إلَّا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَمَا اخْتَرْنَاهُ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ

عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور: ٣٣] مذكور على وفاق العادة، فالعادة أن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرًا.

وإنا نقول: هذا ضعيف فإنه إذا حمل على هذا لم يكن مفيدًا شيئًا، وكلام الله تعالى منزه عن هذا، ولكنا نقول: الأمر قد يكون للندب، والإباحة ثابتة بدون هذا الشرط، والندب متعلق بهذا الشرط، فإنما يندب المولى لأن يكاتبه إذا علم فيه خيرًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، أي: وفي عتق العبد اختلاف الصجابة، فإن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في أن المكاتب متى يعتق؟ فكان ابن عباس رضى الله عنهما يقول: «كما أخذ الصحيفة من مولاه يعتق» يعني: بنفس العقد؛ لأن الصحيفة عند ذلك تكتب، فكأنه جعل الكتابة واردة على الرقبة كالعتق يجعل، قال: يعتق بالقبول وهو غريم للمولى فيما عليه من بدل الكتابة.

وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول: «إذا أدى قيمة نفسه يعتق، وهو غريم للمولى في الفضل»، فكأنه اعتبر وصول قدر مالية الرقبة إلى المولى ليندفع الضرر عنه.

وكان عليٌّ رضي الله عنه يقول: «يعتق بقدر ما أدَّى»، فكأنه يعتبر القبض بالكل، وهو بناءٌ على قوله: يعتق الرجل من عبده ما شاء.

وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول: «هو عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»، وبه أخذ جمهور الفقهاء، وقالوا: لا يعتق ما لم يؤد جميع البدل، والدليل عليه ما ذكره من الحديث.

وأما المعنى فيه فهو أن موجب العقد مالكية اليد في حق المكاتب، والمنافع للمكاتب، فإنه كان مملوكًا يدًا ورقبةً، فهو بعقد الكتابة تثبت له مالكية اليد بعوضٍ؛ لأن مالكية اليد من

ثَابِتٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَيُعْتَقُ بِأَدَائِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلِ المَوْلَى إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ العَقْدِ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ التَّصْرِيحِ بِهِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ البَدَلِ اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ.

كرامات بني آدم، وهو مع الرق أهل لبعض الكرامات، ألا ترى أنه أهل لمالكية النكاح، ومالكية اليد تنفصل عن مالكية الرقبة، ألا ترى أن الراهن يثبت للمرتهن ملك اليد، وأن الغاصب يضمن بتفويت اليد، فكذلك بالكتابة تثبت له مالكية اليد، فأما العتق فمتعلق بشرط الأداء، والشرط يقابل المشروط جملةً ولا يقابله جزءًا فجزءًا؛ لأن ثبوت الحكم عند وجود الشرط نظير ثبوت الحكم بالعلة، فلهذا لا يعتق شيء منه ما لم يؤد جميع البدل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَيُعْتَقُ بِأَدَائِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلِ المَوْلَى إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنتَ حُرٌّ، وقال الشافعي رحمه الله: لا يعتق ما لم يقل: كاتبتك على كذا، على أنك إن أدَّيته إليَّ فأنت حر، وحاصل الاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة، فعندنا تفسيرها شرعًا: هو جمع حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء، لا لضم النجم إلى النجم، وعند الشافعي رحمه الله تفسيرها شرعًا: ضم نجم إلى نجم، لا ضم حرية إلى حرية، فيجعل كالمنصوص، ولو نصَّ عليه به لا يعتق، بأن قال: ضربتُ عليك ألفًا على أن تؤديها إليَّ في كل شهر كذا، فإن ثمَّة لا يعتق، فكذا هنا، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ البَدَلِ، وعلى قول الشافعي رحمه الله: يستحق عليه حط ربع البدل، وهو قول عثمان رضي الله عنه؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡۚ﴾ [النور: ٣٣]، فإن مطلق الأمر للوجوب.

وحجتنا فيه أن العقد يوجب البدل فلا يجوز أن يكون موجبًا إسقاط البدل؛ إذ الشيء لا يتضمن ضده، والقياس لنا؛ فإنه عقد معاوضة فلا يستحق به حط شيء من البدل كسائر المعاوضات، أو يعتبر أحد العوضين بالآخر، والمراد بالآية الندب دون الحتم، فإنه معطوف على الأمر المذكور في قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمۡ﴾، فذاك ندبٌ وليس بحتم؛ إذ لا يجب عليه

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ المَالَ حَالًا وَيَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَمُنَجَّمًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يَجُوزُ حَالًا وَلا بُدَّ مِنْ نَجْمَيْنِ، لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ التَّسْلِيمِ فِي زَمَانٍ قَلِيلٍ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ قَبْلَهُ لِلرِّقِّ، بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْمِلْكِ فَكَانَ احْتِمَالُ القُدْرَةِ ثَابِتًا، وَقَدْ دَلَّ الإِقْدَامُ عَلَى العَقْدِ عَلَيْهَا فَيَثْبُتُ.

أن يكاتب عبده وإن علم فيه خيرًا، فكذلك قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم﴾ [النور: ٣٣]؛ لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، كذا في «المبسوط».

وليس هذا مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، في حق التمسّك بالعطف؛ لأن تلك الآية مشتملة على جملتين، كل واحدة منهما مستندة بنفسها غير مرتبطة بالضمير الراجع إلى ما قبلها، فلا يصح الاستدلال هناك بالعطف، وأمّا هاهنا فالثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إلى ما قبلها، فلم تكن مستندة بنفسها، فصح الاستدلال بالعطف.

قوله: وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ المَالَ حَالًا وَيَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَمُنَجَّمًا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجُوزُ حَالًا، غير مؤجل، وحاصل الخلاف في الموضعين - أعني: الكتابة والسلم - راجع بيننا وبين الشافعي رحمه الله إلى شيءٍ آخر، وهو أنه نظر في الموضعين إلى حال العاقد في حق الأداء في ثاني الحال، وقال: العبد هو الذي يلتزم الأداء هاهنا، وهو يخرج من يد مولاه مفلسًا، فلا بدَّ من أجل يقدر به على تسليم بدل الكتابة؛ لأنه لم يكن قبل العقد من أهل الملك، فبعقد الكتابة يصير من أهل الملك يدًا، بخلاف عقد السلم، فإن المسلَّم إليه فهو الذي يلتزم الأداء، وهو كان من أهل الملك قبل العقد، فأنزل قادرًا على تسليم المسلم فيه فلا يحتاج إلى الأجل.

ونحن نظرنا في الموضعين إلى حال المعقود به والمعقود عليه، فأجمعنا على أن القدرة على أن يكون المعقود به ملكـًا للعاقد ليس بشرط لصحة العقد، والقدرة على العقود عليه ملكـًا شرط لصحة العقد، فإنه إذا لم يملك الثمن واشترى شيئـًا يجوز شراؤه، وأمّا إذا

وَلَنَا ظَاهِرُ مَا تَلَوْنَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَالبَدَلُ مَعْقُودٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ القُدْرَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَى أَصْلِنَا؛ لِأَنَّ المُسَلَّمَ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ القُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الكِتَابَةِ عَلَى المُسَاهَلَةِ فَيُمْهِلُهُ المَوْلَى ظَاهِرًا، بِخِلَافِ السَّلَمِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى المُضَايَقَةِ وَفِي الحَالِ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الأَدَاءِ يُرَدُّ إِلَى الرِّقِّ.

لم يملك المعقود عليه فباع ملك غيره ثم اشتراه وسلمه لا يجوز، ثم هاهنا بدل الكتابة معقود به وهو الذي يؤدي بعد العقد، فلا تتوقف صحة العقد على القدرة على تسليمه، وفي السلم المعقود عليه مسلم فيه، فتتوقف صحة العقد على القدرة على تسليمه، فلا بد من الأجل ليقدر على اكتساب المسلم فيه في تلك المدة وتسلّمه إلى رب السلم.

فإن قلتَ: لمَّا ثبت دليل كل واحد من الطرفين على وجه يصلح لإثبات ما ادعيناه نحن والخصم، كان الدليلان متعارضين على السواء، فمن أين يثبت رجحان دليلنا على دليل الخصم بعد ذلك؟

قلتُ: رجحان دليلنا على دليله ظاهر؛ وذلك لأن ما استدللنا به دائر بين شرط الجواز وعدمه، وما استدل به الخصم دائر بين علامة غالب الوجوب وعدمه، والشرط أكثر تاثيرًا في الحكم من العلامة، مع أن هذه العلامة التي ذكرها الخصم لو انعدمت فإنَّها غير ضائرة في صحة العقد، بيان هذا هو أن الخصم يقول: لا تجوز الكتابة إلا مؤجلًا بمقدار نجمين؛ لما أن الظاهر من حال العبد أنه مفلس؛ لأنه لم يكن مالكًا لشيءٍ من الأشياء قبل عقد الكتابة، فقد التزم الأداء بالعقد، فيجب أن يكون قادرًا على الأداء حتى يتحقق ما قصد إليه المولى في هذا العقد، وهو حصول بدل الكتابة له، بخلاف عقد السلم؛ فإن المسلم إليه جزء من أهل الملك، فبالتزامه هذا العقد يعلم أنه قادر على تسليم المسلم إليه.

وإنا نقول: عدم قدرة العبد ممتدًا إلى مقدار نجمين ليس بأمر لازم؛ لأن من الجائز أن يرزق العبد فور عقد الكتابة مالًا عظيمًا بطريق الهبة والزكاة، أو بالتجارة الناجزة، ولئن سلم

قَالَ: (وَتَجُوزُ كِتَابَةُ العَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الشِّرَاءَ وَالبَيْعَ) لِتَحَقُّقِ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ، إِذِ العَاقِلُ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ وَالتَّصَرُّفُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ. وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى مَسْأَلَةِ إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لا يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ لِأَنَّ القَبُولَ لا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ فَلَا يَنْعَقِدُ العَقْدُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى عَنْهُ غَيْرُهُ لا يَعْتِقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيهَا إِلَيَّ نُجُومًا أَوَّلُ النَّجْمِ كَذَا وَآخِرُهُ

إفلاسه فإفلاسه واقع في حق المعقود به، لا في حق المعقود عليه، وذلك غير ضائر لصحة العقد؛ لأن المفلس لو اشترى أموالًا عظيمةً يصح شراؤه وإن لم يكن هو مالكًا لشيءٍ من الثمن، وأمَّا السلم فيجب أن يكون مؤجلًا لا محالةَ؛ لأن الأجل هناك قائمٌ مقام ملك المسلم فيه وهو المعقود عليه، وملك المعقود عليه شرط لصحة العقد كما في البيع، فإنه لا يجوز البيع إلا أن يكون المبيع مملوكًا مقدور التسليم له، وما كان قائمًا مقامه وهو الأجل أيضًا ينبغي أن يكون شرطًا لصحة العقد؛ لأن الأصل إذا كان شرطا لصحة الشيء كان الذي يقوم مقامه عند عدمه شرطا أيضًا، كالتيمم لجواز الصلاة عند عدم الوضوء.

قوله: حَتَّى لَوْ أَدَّى عَنْهُ غَيْرُهُ لا يَعْتِقُ؛ لأن أداء البدل إنما يعتبر بعد انعقاد العقد، ولم ينعقد العقد حين لم يقبله أحد فلا يحصل العتق بالأداء، كما لو كاتبَ ما في بطن أمته فجاء رجل وأدَّى عنه المال لم يعتق، ثم يرد المال على صاحبه؛ لأنه أداه لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود؛ ولأنه أداه باعتبار سبب باطل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفَ - درهم - تُؤَدِّيهَا إِلَيَّ نُجُومًا، أَوَّلُ النَّجْمِ كَذَا وَآخِرُهُ كَذَا فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، إلى قوله: لِأَنَّهُ أَتَى بِتَفْسِيرِ الكِتَابَةِ، فإن قلتَ: لمَّا كان قوله لعبده: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيهَا إِلَيَّ نُجُومًا، معنى الكتابة، فما معنى قوله: فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، فإن ذلك حكم يثبت بعقد الكتابة ذكره أو لم يذكره، على ما ذكر قبل هذا في

كَذَا فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ فَإِنَّ هَذِهِ مُكَاتَبَةٌ)؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِتَفْسِيرِ الكِتَابَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا كُلَّ شَهْرٍ مِائَةً فَأَنْتَ حُرٌّ فَهَذِهِ مُكَاتَبَةٌ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ. لِأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلَى الوُجُوبِ وَذَلِكَ بِالكِتَابَةِ.

الكتاب بقوله: وَيُعْتَقُ بِأَدَائِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلِ المَوْلَى إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ العَقْدِ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ التَّصْرِيحِ بِهِ؟

قلتُ: لا بل يشترط قوله: إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، هاهنا وإن لم يشترط ذلك في قوله: كاتبتك على ألف درهم؛ وذلك لأن كون هذا اللفظ تفسير الكتابة باعتبار هذا اللفظ، فإنه إذا لم يأت بقوله: فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ، لم يكن آتيًا بتفسير الكتابة، فلا يقوم هو حينئذٍ مقام صريح لفظ الكتابة، وقد صرح بهذا الذي ذكرتُه الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»، فقال: ثم في قوله: فَإِذَا أَدَّيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ، لا بدَّ منه هاهنا، بخلاف ما لو قال: كاتبتك على ألف درهم نجومها كذا؛ لأن قوله: جعلت عليك ألف درهم على أن تؤديها إليَّ نجومًا، يحتمل معنى الكتابة، ويحتمل معنى الضريبة، فالمولى يستدعي عبده الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل: فَإِذَا أَدَّيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ، وفي قوله: كاتبتك، ينعدم هذا لاحتمال ويتعين جهة الكتابة بالتصريح به، وموجب الكتابة الحرية عند أداء البدل، فسواء صرَّح به أو لم يصرح، كان ذلك ثابتًا بالعقد.

وأمَّا قوله: وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ، فهو فضل غير محتاج إليه هاهنا ولا في الكتابة، وإنما ذكره للتفسير وحثِّ العبد على أداء المال عند النجوم، والمكاتبة صحيحة بدونه، فهذه مكاتبة حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي، ولو أدَّى بعض البدل لم يبق محلًّا للتكفير، بخلاف المعلق عتقه بأداء المال، فإن هذه الأحكام تنعكس في حقه؛ لأن التنجيم يدل على الوجوب؛ لأن التنجيم يستعمل للتيسير وذلك في المال، ولا يجب المال إلا في الكتابة؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا إلا في الكتابة، فعرفنا أن المولى قصد بهذا التنجيم إيجاب المال بطريق الكتابة، كذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله.

وَفِي نُسَخِ أَبِي حَفْصٍ لا تَكُونُ مُكَاتَبَةً اعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيقِ بِالأَدَاءِ مَرَّةً.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ الكِتَابَةُ خَرَجَ المُكَاتَبُ عَنْ يَدِ المَوْلَى وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ) أَمَّا الخُرُوجُ مِنْ يَدِهِ فَلِتَحْقِيقِ مَعْنَى الكِتَابَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فَيَضُمُّ مَالِكِيَّةَ يَدِهِ إِلَى مَالِكِيَّةِ نَفْسِهِ أَوْ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الكِتَابَةِ وَهُوَ أَدَاءُ البَدَلِ فَيَمْلِكُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالخُرُوجَ إِلَى السَّفَرِ وَإِنْ نَهَاهُ المَوْلَى، وَأَمَّا عَدَمُ الخُرُوجِ عَنْ مِلْكِهِ فَلِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَمَبْنَاهُ عَلَى المُسَاوَاةِ، وَيَنْعَدِمُ ذَلِكَ بِتَنَجُّزِ العِتْقِ وَيَتَحَقَّقُ بِتَأَخُّرِهِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الذِّمَّةِ حَقٌّ مِنْ وَجْهٍ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ)؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهِ (وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ)؛ لِأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلَّا مُقَابَلًا بِحُصُولِ العِتْقِ بِهِ وَقَدْ

قوله: وَفِي نُسَخِ أَبِي حَفْصٍ رَحِمَهُ اللهُ لا تَكُونُ مُكَاتَبَةً، قال فخر الإسلام رحمه الله في «المبسوط»: وهو الأصح؛ بدليل أنه لو قال: إذا أدَّيتَ إليَّ ألفًا في هذا الشهر فأنت حر، لا يكون كتابة، كذا هاهنا، والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرًا للكتابة؛ لأنه قد يدخل في سائر الديون، وقد تخلوا الكتابة عنه، وذكر لفظ تختص به الكتابة لم يوجد هاهنا فلا تكون كتابة.

قوله: وَأَمَّا عَدَمُ الخُرُوجِ عَنْ مِلْكِهِ فَلِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ».

قوله: وَيَنْعَدِمُ ذَلِكَ، أي: المساواة بتأويل التساوي.

قوله: وَيَتَحَقَّقُ بِتَأَخُّرِهِ، أي: ويتحقق المساواة بتأخير العتق؛ لأنه ثبت للمولى نوع دين فينبغي أن يثبت للعبد نوع مالكية حصية للمساواة.

قوله: وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الذِّمَّةِ، أي: ويثبت للمولى حق.

قوله: فَإِنْ أَعْتَقَهُ – أي: فإن أعتق المولى مكاتبه قبل أداء بدل الكتابة – عَتَقَ.

حَصَلَ دُونَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا وَطِئَ المَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ لَزِمَهُ العُقْرُ) لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلًا إِلَى المَقْصُودِ بِالكِتَابَةِ وَهُوَ الوُصُولُ إِلَى البَدَلِ مِنْ جَانِبِهِ وَإِلَى الحُرِّيَّةِ مِنْ جَانِبِهَا بِنَاءً عَلَيْهِ، وَمَنَافِعُ البُضْعِ مُلْحَقَةٌ بِالأَجْزَاءِ وَالأَعْيَانِ (وَإِنْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَتْهُ الجِنَايَةُ) لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ أَتْلَفَ مَالًا لَهَا غَرِمَ)؛ لِأَنَّ المَوْلَى كَالأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ أَكْسَابِهَا وَنَفْسِهَا، إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ لَأَتْلَفَهُ المَوْلَى فَيَمْتَنِعُ حُصُولُ الغَرَضِ المُبْتَغَى بِالعَقْدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: بِنَاءً عَلَيْهِ، أي: بناءً على الوصول إلى البدل من جانبه.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا.

قوله: إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ لَأَتْلَفَهُ المَوْلَى، على تأويل أنه ملكه، والله أعلم بالصَّواب.

* * *

(فَصْلٌ فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ)

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عَلَى قِيمَةِ نَفْسِهِ فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ الخَمْرَ وَالخِنْزِيرَ لا يَسْتَحِقُّهُ المُسْلِمُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ فَلَا يَصْلُحُ بَدَلًا فَيَفْسُدُ العَقْدُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ القِيمَةَ مَجْهُولَةٌ قَدْرًا وَجِنْسًا وَوَصْفًا فَتَفَاحَشَتِ الجَهَالَةُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ، وَلِأَنَّهُ تَنْصِيصٌ عَلَى مَا هُوَ مُوجِبُ العَقْدِ الفَاسِدِ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلْقِيمَةِ.

فصل في الكتابة الفاسدة

أخَّر الفاسدة عن الصحيحة؛ لأن الفاسدة ناقصة عن الصحيحة وصفاً، فكانت منحطة الرتبة عن الصحيحة.

قوله: فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، فتجب على العبد قيمة نفسه، كذا في «المبسوط» على ما يجيء.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ، حيث تفسد الكتابة به للجهالة، فكذا هاهُنا.

فإن قلتَ: يشكل هذا بما إذا كاتبه على عبد حيث يصح به الكتابة، فيجب عليه قيمة عبد وسط، وإن كان العبد مجهولاً في نفسه حتى لم يصح التوكيل بشراء العبد مطلقاً.

قلتُ: جواب هذا وأمثاله يجيء بعد هذا في هذا الفصل في قوله: وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ.

فإن قلتَ: فلمَّا وجبَ في الكتابة على عبد مجهول قيمة العبد الوسط، حتى لو أتى بالعبد الوسط أو بقيمة العبد يجبر المولى على القبول، لِمَ لا تجوز الكتابة على قيمته ابتداءً؟

قَالَ: (فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ عَتَقَ) وَقَالَ زُفَرُ: لا يُعْتَقُ إلَّا بِأَدَاءِ قِيمَةِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ البَدَلَ هُوَ القِيمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الخَمْرِ لِأَنَّهُ بَدَلٌ صُورَةً، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ مَعْنًى. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الخَمْرِ إذَا قَالَ إنْ أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ العِتْقُ بِالشَّرْطِ لا بِعَقْدِ الكِتَابَةِ، وَصَارَ كَمَا إذَا كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ،

قلتُ: الفرق بينهما هو أن القيمة بتسمية العبد تجبُ حكماً لا قصدًا؛ لأنه نصَّ على تسمية العبد، وهاهنا تسمية القيمة ثبتت قصدًا، حيث نصَّ على تسمية القيمة فكانت مقصودةً، وقد يثبت الشيء حكماً لغيره وإن كان لا يثبت قصدًا، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ عَتَقَ، وفي «المبسوط»: فإن أدّاه قبل أن يترافعا إلى القاضي، وقد كان قال له: أنت حر إذا أدَّيته، أو لم تعلمه فإنه يعتق؛ لأن هذا العقد منعقد مع فساده فيعتق بالأداء، وعليه قيمة نفسه؛ لأن العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لأجل الفساد، وقد تعذَّر رده بتقرر العتق فيه فيلزمه قيمته، كالمشتري شراءً فاسدًا إذا أعتق المبيع بعد القبض.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُعْتَقُ إلَّا بِأَدَاءِ قِيمَةِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ البَدَلَ هُوَ القِيمَةُ، أي: في الكتابة الفاسدة كما في البيع الفاسد.

وقوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الخَمْرِ ...، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ، وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في «المبسوط» و«الذخيرة»، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف رحمه الله، وأن لا يذكر بكلمة (عن).

قوله: وَصَارَ كَمَا إذَا كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ، يعني: أنه إذا كاتبه على ميتة أو دم فهو إنما يعتق عند أداء الميتة أو الدم، إذا كان قال له: إذا أديتَ الميته أو الدم فأنت حرٌّ، وأمَّا إذا لم ينص على ذلك فلا يعتق بأداء الميتة والدم؛ لأن العقد لم ينعقد أصلًا فيعتبر فيه التعليق.

وذكر في «الذخيرة»: وقال أبو يوسف رحمه الله: ينبغي في قول أبي حنيفة رحمه الله إذا قال: إن أدَّيت الخمر إليَّ فأنت حر، أنه إذا أدَّى عتق ولا شيء عليه.

وَلا فَصْلَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ المَيْتَةِ أَنَّ الخَمْرَ وَالخِنْزِيرَ مَالٌ فِي الجُمْلَةِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى العَقْدِ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ العِتْقُ عِنْدَ أَدَاءِ العِوَضِ المَشْرُوطِ. وَأَمَّا المَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلًا فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ مَعْنَى العَقْدِ فِيهِ فَاعْتُبِرَ فِيهِ مَعْنَى الشَّرْطِ وَذَلِكَ بِالتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ (وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ الخَمْرِ لَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ) لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ العَقْدِ وَقَدْ تَعَذَّرَ بِالعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ إِذَا تَلِفَ المَبِيعُ.

قَالَ: (وَلَا يَنْقُصُ عَنِ المُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ القِيمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ المُبْدَلِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ، وَهَذَا لِأَنَّ المَوْلَى مَا رَضِيَ بِالنُّقْصَانِ وَالعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي العِتْقِ أَصْلًا فَتَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا

قوله: وَلَا فَصْلَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، أي: لا تفصل في مسألة الكتابة على الخمر، فإنه إذا كاتبه على خمر ثم أدّى العبدُ الخمرَ إنما يعتق العبد بأداء الخمر فيما إذا قال المولى: إن أديتها فأنت حرٌّ، وأمَّا إذا لم يقل ذلك لا يعتق بأداء الخمر كما هو المروي عن أبي حنيفة رحمه الله، وليس كذلك في ظاهر الرواية، بل إذا كاتبه على خمر يعتق في ظاهر الرواية بأداء الخمر سواءٌ كان قال في عقد الكتابة على الخمر: إن أدّيتها فأنت حرٌّ، أو لم يقل.

قوله: كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي العِتْقِ أَصْلًا فَتَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، فإن قيل: ما وجه قوله: كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي العِتْقِ، فبعد ما نفذ العتق بأداء الخمر والكلام فيه، كيف يتصور بطلان حقه في العتق؟

قلنا: يحتمل أن القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل: إن أدّيتها فأنت حرٌّ، فأدّى العبد الخمر لا يعتق، فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق.

بَلَغَتْ، وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ.

ثم قوله: كَيْ لا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي العِتْقِ، لا يصلح تعليلًا لقوله: وَالعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ؛ لأنه يحتمل أن يكون العبد غير راضٍ بالزيادة على المسمَّى وإن بطل حقه في العتق؛ لأن ذلك نفعٌ مشوبٌ بالضرر؛ لأن تحمل الزيادة ضرر عليه وإن كان عتقه نفعًا له، وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق في بعض أوقات عزة الطعام من غير وجوب بدل العتق عليه، فأوْلَى أن لا يرضى عند إيجاب الزيادة على المسمَّى، والأولى تعليل ذلك أن يقال: والعبد رضي بالزيادة على المسمَّى؛ لأن العبد لمَّا عقد عقد الكتابة الفاسدة مع المولى كان قابلًا وجوب قيمته على نفسه بالغة ما بلغت؛ لأن ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة، وهو أقدم عليه باختياره ورضاه، فكان قابلًا قيمة نفسه، ثم قيمته قد تربوا المسمى فكان راضيًا بالزيادة على المسمى ضرورة.

قوله: وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ لِأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ، ذكر القيمة ولم يذكر أن القيمة بأيّ شيء تعرف؟

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله، و«الذخيرة» أن كون المؤدى قيمة للعبد إنما يعرف بأحد الأمرين:

إمَّا أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته، فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما؛ لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما، فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد، وإمَّا بتقويم المقومين، ثمَّ لو اختلف المقومون فإن اتفق الاثنان منهم على شيء يجعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا في ذلك فلا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين؛ لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين.

فإن قلتَ: الكتابة على قيمته فاسدة، وكذلك الكتابة على ثوب أو دابة فاسدة كما ذكرهما في الكتاب، ثم كيف افترق حكم القيمة والثوب في العتق، حتى يعتق بأداء القيمة ولا يعتق بأداء الثوب مع استوائهما في فساد الكتابة؟

قلتُ: قد ذكر الفرق بينهما في الكتاب، وأوضح ذلك الفرق في «الذخيرة» فقال: والفرق بينهما أن في الكتابة شيئين: معاوضةٌ، وتعليق عتق بأداء العوض، أمَّا كونها معاوضةً فلوجود

وَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى العَقْدِ فِيهِ وَأَثَرُ الجَهَالَةِ فِي الفَسَادِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى ثَوْبٍ حَيْثُ لا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ؛ لِأَنَّهُ لا يُوقَفُ فِيهِ عَلَى مُرَادِ العَاقِدِ لِاخْتِلَافِ أَجْنَاسِ الثَّوْبِ فَلَا يَثْبُتُ العِتْقُ بِدُونِ إِرَادَتِهِ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

العوض من الجانبين، وأمَّا تعليق عتق بأداء العوض فإن حدَّ التعليق أن يتعلق نزول الجزاء بشرط يوجد في المستقبل، وفي الكتابة تعليق وقوع العتق بأداء ما صار عوضًا، قلنا: والقيمة تصلح عوضًا؛ لأنَّها معلومة الجنس وتصير معلومة القدر عند الأداء، وإذا صلح عوضًا وهو ملفوظ به تعلق العتق بأدائه، وأمَّا الثوب فلا يصلح عوضًا؛ لأنه مجهول الجنس والقدر فلا يصلح عوضًا في المعاوضات، فلا يتعلق العتق بأدائه في الكتابة؛ لأن عتق المكاتب معلق بأداء العوض، فكذلك لا يعتق بأداء الثوب.

قوله: وَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى العَقْدِ فِيهِ، وهو المعاوضة.

قوله: وَأَثَرُ الجَهَالَةِ فِي الفَسَادِ، يعني: لا في إبطال العقد، وهذا جواب إشكال وهو أن يقال: إن القيمة مجهولة كجهالة الثوب، فينبغي أن يؤثر تلك الجهالة في إفساد العقد على وجه لا يعتق بأداء القيمة، كما لا يعتق بأداء الثوب.

فإن قلتَ: لو كان ما ذكره في «الذخيرة» هو أن في الكتابة معنى التعليق معوَّلًا، لوجبَ أن يقع العتق بأداء الثوب في الكتابة على الثوب كما في قوله: إن أديتَ إليَّ ثوبًا فأنت حر، فأدى إليه ثوبًا أيّ ثوب، كان يعتق؟

قلتُ: الفرق بينهما هو أن التعليق في الكتابة إنما يثبت في ضمن صحة المعاوضة، فلمَّا لم يصلح الثوب عوضًا في الكتابة على الثوب لم يبق التعليق الثابت في ضمنه فلا يعتق، وأمَّا في قوله: إن أديتَ، فالتعليق ثابت نصًّا لا في ضمن المعاوضة، فيتعلق بما سمي لا بما يصلح عوضًا، وقد أدَّى ما ينطلق عليه اسم الثوب فيعتق.

ثم لم يذكر محمد رحمه الله فيما إذا كاتبه على ثوب لو أدى قيمة نفسه هل يعتق أم لا؟

وَمُرَادُهُ شَيْءٍ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، حَتَّى لَوْ قَالَ كَاتَبْتُكَ عَلَى هَذِهِ الأَلْفِ الدَّرَاهِمِ وَهِيَ لِغَيْرِهِ جَازَ؛ لِأَنَّهَا لا تَتَعَيَّنُ فِي المُعَاوَضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمِ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إِذَا مَلَكَهُ وَسَلَّمَهُ يُعْتَقُ، وَإِنْ عَجَزَ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ؛ لِأَنَّ المُسَمَّى مَالٌ وَالقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ مَوْهُومٌ

وذكر فيما إذا كاتبه على حكمه أو على حكم العبد أنه لا يجوز الكتابة، ولو أدى قيمته لا يعتق.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: لا فرق بين المسألتين؛ لأن في المسألتين جميعًا ما سمَّاه لا يصلح عوضًا؛ لأنه مجهول القدر والجنس، ثم قال: لا يعتق في تلك المسألة بأداء القيمة، فكذلك في مسألة الثوب، والأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان لا يصلح عوضًا لجهالة القدر، أو لجهالة الجنس، فإنه لايعتق العبد بأداء القيمة، ولا تنعقد هذه الكتابة أصلًا لا على المسمَّى ولا على القيمة، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهَا لا تَتَعَيَّنُ فِي المُعَاوَضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمِ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ، حتى لو قال العبد: كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان، فالعقد جائز، وهذا الشرط لغو؛ لأن الألف يجب في ذمته، والتدبير[1] في أداء ما في ذمته إليه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ رَوَاهُ الحَسَنُ أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إِذَا مَلَكَهُ وَسَلَّمَهُ يُعْتَقُ، يعني: لو كانت الكتابة فاسدة لما عتق بأدائه كما لو كاتبه على ثوب؛ لأن المسألة مصوَّرة في لفظ الكتابة من غير لفظ التعليق، بأن قال: كاتبتك على هذا الشيء المعين وهو لغيره، ولم يقل: إن أديته إليَّ فأنت حرٌّ، فإنه لو قال ذلك يعتق أيضًا، لكن لوجود الشرط في التعليق لا باعتبار الكتابة، فإن الكتابة إذا فسدت من كل وجه لا يعتق بأداء المسمى كما في الثوب، بخلاف الكتابة على الخمر، فإن الكتابة لم تفسد هناك من كل وجه على ما ذكر في الكتاب، فلذلك عتق بأداء الخمر.

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): والتدبير: أي: تدبير حاله، لا التدبير في مسألة المدبر.

فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ. قُلْنَا: إنَّ العَيْنَ فِي المُعَاوَضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَالقُدْرَةُ عَلَى المَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلصِّحَّةِ إذَا كَانَ العَقْدُ يَحْتَمِلُ الفَسْخَ كَمَا فِي البَيْعِ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى مَا هُوَ المَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعَلَى مَا هُوَ تَابِعٌ فِيهِ

قوله: فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ، يعني: لو سمي عبدَ غيره في النكاح صداقاً تصح التسمية، حتى لو لم يجز صاحب العبد كان للمرأة أن ترجع على الزوج بقيمة ذلك العبد، لا بمهر المثل، ولو فسدت التسمية لرجعت عليه بمهر المثل، والجامع بينهما كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال.

قوله: قُلْنَا: إنَّ العَيْنَ فِي المُعَاوَضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَالقُدْرَةُ عَلَى المَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلصِّحَّةِ، المراد من العين هذه بدل الكتابة.

فإن قلتَ: أين ذهبَ قولنا: أن لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع، وعن هذا جوزنا الكتابة الحالة على ما مرَّ، فلمَّا كان كذلك لا يشترط القدرة على بدل الكتابة لصحة عقد الكتابة، كما لا يشترط القدرة على الثمن لصحة البيع.

قلتُ: نعم كذلك إلا أن البدل في الكتابة له شبهة الثمن لما ذكرتُ، ولما أن التصرف فيه بالاستبدال جائز، وأيضاً له شبهة المبيع من وجه آخر، وهو أن العجز عن تسليمه يوجب حق الفسخ، كما في البيع إذا عجز عن تسليم المبيع، ثمَّ لو كان ذلك عينًا صار عقد الكتابة بمنزلة بيع المقايضة، فصار للبدل حكم المبيع من وجه حتى يشترط القدرة على التسليم، وإذا كان غير عين ألحقناه بالثمن، حق لا يشترط القدرة عليه عملًا بالشبهين.

قوله: لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى مَا هُوَ المَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وهو منافع البضع، حتى أنه لو تزوج رضيعة يصح.

قوله: فَعَلَى مَا هُوَ تَابِعٌ، وهو الصداق أَوْلَى أن لا تشترط القدرة عليه، بدليل صحة النكاح مع نفي الصداق، بخلاف البيع.

أَوْلَى. فَلَوْ أَجَازَ صَاحِبُ العَيْنِ ذَلِكَ فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ البَيْعُ عِنْدَ الإِجَازَةِ فَالكِتَابَةُ أَوْلَى. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الكِتَابِ، وَالجَامِعُ أَنَّهُ لا يُفِيدُ مِلْكَ المَكَاسِبِ وَهُوَ المَقْصُودُ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الأَدَاءِ مِنْهَا وَلا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ البَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنًا،

قوله: لِأَنَّهُ يَجُوزُ البَيْعُ عِنْدَ الإِجَازَةِ، بأن اشترى شيئاً بمال الغير فأجاز صاحب المال يجوز؛ لأن صاحب المال صار مُقرضاً المالَ من العبد، فيصير العين من إكسابه، ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الإِجَازَةِ، يعنِي: إذا لم يجز صاحب العين على ما قال في الكتاب، وهو قوله: وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

قوله: وَالجَامِعُ، أي: المعنى الجامع بين المقيس عليه، وهو عقد الكتابة على عين الغير الذي لم يلحقه الإجارة، وبين المقيس وهو الكتابة على عين الغير الذي لحقه الإجارة.

قوله: أَنَّهُ - أي: أن عقد الكتابة - لا يُفِيدُ مِلْكَ المَكَاسِبِ، أي: في الحال.

قوله: وَلا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ البَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنًا، أي: لا حاجة إلى الأداء منه إذا كان ذلك البدل عينًا معيناً للغير؛ لأنه إذا كان عينًا للغير لا ينعقد العقد، ومتى لم ينعقد لم يحتج إلى الأداء منه؛ لأن الاحتياج إلى الأداء منه إنما يكون إذا صح العقد، وصار العبد أحق بمكاسبه ليصل به إلى مقصوده عند الأداء، وهو العتق، فلمَّا فسد العقد من كل وجه لا يحصل العتق بأدائه.

وقد ذكر هذا المعنى في «الجامع الصغير» لصدر الإسلام رحمه الله، فقيل: أمَّا الكتابة على شيءٍ بعينه لغيره فاسدة؛ لأنه لا يفيد ما هو المقصود بالعقد؛ لأن المقصود من عقد الكتابة صيرورته أحق بنفسه وبمكاسبه إذا وجب عليه أداء بدل الكتابة من مكاسبه، فإنه ما لم يصر أحق بنفسه وبمكاسبه لا يقدر أن يؤدي بدل الكتابة من مكاسبه، فلا يصير أحق بمكاسبه

وَالمَسْأَلَةُ فِيهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَجَازَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَجُزْ، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ الإِجَازَةِ يَجِبُ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا يَجِبُ تَسْلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا صِحَّةُ التَّسْمِيَةِ لِكَوْنِهِ مَالًا، وَلَوْ مَلَكَ المُكَاتَبُ ذَلِكَ العَيْنَ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ لا يُعْتَقُ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَمْ يَنْعَقِدِ العَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَقُ قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ، لِأَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ مَعَ الفَسَادِ لِكَوْنِ المُسَمَّى مَالًا فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ المَشْرُوطِ. وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَيْنٍ فِي يَدِ المُكَاتَبِ

فلا ينعقد العقد؛ لأن كل عقد لا يفيد مقصودًا لاينعقد.

قوله: وَالمَسْأَلَةُ فِيهِ، أي: هذه المسألة التي كلامنا فيها مصورة فِيمَا إِذَا كَانَ - بدل الكتابة - عَيْنًا مُعَيَّنًا للغير، إنما قيَّد بقوله: مُعَيَّنًا، بعد قوله: عَيْنًا، احترازًا عن الدراهم والدنانير المعينة، فإنها وإن عينت لا تتعين، وكان مراده هاهنا من العين المعين ما سوى الدراهم والدنانير من العروض إذا كان معينًا.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى قوله: وَمُرَادُهُ شَيْءٍ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

قوله: قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ، أي: قوله: إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ.

قوله: فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ المَشْرُوطِ، كما لو كاتبه على خمر فأدَّاها.

قوله: وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَيْنٍ فِي يَدِ المُكَاتَبِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، أي: على عين معيَّن سوى الدراهم والدنانير؛ لأنه إذا كانت في يد العبد دراهم أو دنانير من كسبه، بأن كان عبدًا مأذونًا واكتسب الدراهم والدنانير فكاتبه على تلك الدراهم أو الدنانير اتفقت الروايات على أن الكتابة جائزة، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله، و«الذخيرة».

فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الكِتَابَةِ عَلَى الأَعْيَانِ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي الأَصْلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، في رواية: يجوز وهي رواية كتاب الشرب، وفي رواية: لا يجوز، وهي رواية آخر كتاب المكاتب في «الأصل»، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَهِيَ مَسْأَلَةُ الكِتَابَةِ عَلَى الأَعْيَانِ، وهي ما ذكر قبيل هذا **بقوله:** وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ...، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ رَوَاهُ الحَسَنُ أَنَّهُ يَجُوزُ.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، وإنما أحاله ولم يورده؛ لأن كلا الوجهين مطول غاية التطويل، وذانك الوجهان مذكوران في «الذخيرة» بتمامها، وأنا أذكر ما هو الحاصل منهما، فوجه رواية عدم الجواز هو أنا متى جوزنا الكتابة على العين لا يخلو: إما أن يجعل العبد أحق بهذا العين أو لا، فإن لم يجعل العبد أحق به لم تجز هذه الكتابة؛ لانعدام موجب الكتابة في الحال؛ ولأن العين قبل الكتابة كان مملوك المولى رقبةً ويدًا، فمتى بقي كذلك بعد الكتابة لم يستفد المولى بهذه الكتابة شيئًا، لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف، فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئًا من العبد المأذون ولا دين عليه فإنه لا يجوز، ولو جعلنا العبد أحق به فإنه لا يجوز أيضًا؛ لأنه لا يتحقق معنى الكتابة؛ لأن تفسير الكتابة شرعًا إيجاب حرِّيتين على سبيل التعاقب، وهو إثبات حرية الرقبة مرتبًا على حرية اليد بطريق التعاقب، ولو جوزنا الكتابة على العين تثبت الحريتان معًا لا على سبيل التعاقب، فيكون إعتاقًا على مال ولا يكون كتابةً؛ وذلك لأن العبد إذا صار أحق بالعرض أولًا، يصير العرض مملوكًا للمولى على الحقيقة بنفس العقد، فإذا ملكه بنفس العقد يعتق العبد كما فرغا من العقد، فتثبت حرية اليد والرقبة معًا لا على سبيل الترادف، فلا تكون كتابة.

بخلاف ما لو كاتبه على الدراهم التي في يده؛ لأنَّا لو جوزنا الكتابة على هذه الدراهم وجعلنا العبد أحق بها يتحقق معنى الكتابة؛ لأن العقد لا يتعلق بعينها وإنما يتعلق العقد بمثلها دينًا في الذمة؛ لأنَّ الدراهم والدنانيز لا يتعينان في عقود المعاوضات وما يثبت دينًا في ذمة العبد للمولى، فإنما يملكه المولى على الحقيقة بالقبض، وإذا توقف حقيقة الملك في الدين

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ المَوْلَى عَلَيْهِ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ) فَالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، وَيُقَسَّمُ المِائَةُ الدِّينَارِ عَلَى قِيمَةِ المُكَاتَبِ وَعَلَى قِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ فَيَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ العَبْدِ فَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ العَبْدَ المُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلَ الكِتَابَةِ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ، فَكَذَا يَصْلُحُ

على القبض يتحقق معنى الكتابة، فإنه تثبت حرية اليد للحال وحرية الرقبة في الثاني، بخلاف العين على ماقلنا.

وأمّا وجه رواية الجواز فهو أن الكتابة على دراهم في يد العبد تجوز، ويصير العبد أحق به، فكذا يجوز على عين في يده، ويصير المكاتب أحق به، ومتى صار أحق به أفادت الكتابة فائدتها فيجوز.

أمّا قوله: إن الكتابة على العين لا تجوز؛ لأنه يثبت الحريتان معًا، فيكون إعتاقًا على مال لا كتابة، قلنا: إنما كان هذا هكذا أن لو جعلنا بدل الكتابة رقبة العرض، ونحن لا نجعل كذلك، بل نجعل بدل الكتابة ملك التصرف في العرض، فيثبت للمولى بعقد الكتابة ملك التصرف في العرض، وملك التصرف يصلح عوضًا، ألا ترى أن رب المال إذا اشترى من المضارب من مال المضاربة، ولا ربح في مال المضاربة صحَّ الشراء باعتبار ملك اليد والتصرف، وإذا صلح ملك اليد والتصرف عوضًا كما يصلح ملك الرقبة عوضًا، جعلنا بدل الكتابة هاهنا ملك التصرف لا ملك الرقبة، بل تبقى الرقبة على ملك المولى، إنما فعلنا هكذا تصحيحًا للكتابة؛ لأنه على هذا التقدير يثبت للمولى ملك التصرف بعد العتق، فيثبت للمكاتب حرية اليد بنفس العقد، وتثبت حرية الرقبة بعد ما ثبت ملك الرقبة للمولى بالقبض، فتثبت الحريتان على سبيل الترادف، فجعلنا كذلك تصحيحًا للكتابة بقدر الإمكان.

قوله: لِأَنَّ العَبْدَ المُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلَ الكِتَابَةِ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ، فَكَذَا يَصْلُحُ مُسْتَثْنًى مِنْهُ وَهُوَ الأَصْلُ، يعني: أن كل ما يصلح بدلًا في المعاوضات يصلح استثناءه، والعبد يصلح لبدل الكتابة فيجبُ أن يصح استثناؤه من بدل الكتابة، وهما يسلمان هذا الأصل ولكن

مُسْتَثْنَى مِنْهُ وَهُوَ الأَصْلُ فِي أَبْدَالِ العُقُودِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لا يُسْتَثْنَى العَبْدُ مِنَ الدَّنَانِيرِ، وَإِنَّمَا تُسْتَثْنَى قِيمَتُهُ وَالقِيمَةُ لا تَصْلُحُ بَدَلًا فَكَذَلِكَ مُسْتَثْنَى.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ) مَعْنَاهُ أَنْ يُبَيِّنَ الجِنْسَ وَلا يُبَيِّنَ النَّوْعَ وَالصِّفَةَ (وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ وَيُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ القِيمَةِ) وَقَدْ مَرَّ

يقولان: ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يورد فساد العقد، وهاهنا الاستثناء لا يصح؛ لأن استثناء العبد من الدنانير لا يصح لاختلاف الجنس، ولو استثنى العبد من الدنانير إنما يصح استثناؤه بحسب قيمة العبد لا بحسب نفس العبد، وقيمة العبد لا تصلح أن تكون بدل الكتابة، بل به تفسد الكتابة على ما مرَّ، فكذا لا يصلح استثناؤه.

والفرق ظاهر بين العبد وبين قيمة العبد، فإن الكتابة على العبد صحيحة يصرف ذلك إلى العبد الوسط، والكتابة على قيمته فاسدة، وكذلك تسميته المهر في النكاح على عبد صحيحة، وعلى قيمة عبد فاسدة، فإن الجهالة في العبد جهالة في الوصف لا جهالة في القدر، بخلاف القيمة فإن الجهالة فيها جهالة متفاحشة من حيث القدر، والجنس، والوصف، فيفسد بها العقد.

قوله: مَعْنَاهُ أَنْ يُبَيِّنَ الجِنْسَ - كالفرس والعبد - وَلا يُبَيِّنَ النَّوْعَ - كالتركي والهندي - وَالصِّفَةَ - بأنه جيد أو رديء -، وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ؛ لأن الأصل في الحيوان المجهول إذا وجبَ دينًا في الذمة أنه ينصرف إلى الوسط، كما في الزكاة، والدية، والوصية، والمعنى في ذلك أن في الصرف إلى الوسط عمل بالوصفين؛ لأن الوسط بين الجيد والرديء، ونظر للجانبين.

ثم الوسط عند أبي حنيفة رحمه الله في العبد الذي قيمته أربعون درهمًا، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على قدر غلا السعر ورخصه، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة عقد إرفاق، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب.

فإن قلتَ: كيف جعل هاهنا العبد جنسًا واحدًا، وجعل في الوكالة أجناسًا مختلفة حتى لم يجوز الوكالة بشراء العبد مطلقًا؟

فِي النِّكَاحِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنِ الجِنْسَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ دَابَّةٌ لا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً فَتَتَفَاحَشُ الجَهَالَةُ، وَإِذَا بَيَّنَ الجِنْسَ كَالعَبْدِ وَالوَصِيفِ فَالجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الكِتَابَةِ فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ البَدَلِ بِجَهَالَةِ الأَجَلِ فِيهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ – رَحِمَهُ

قلتُ: كان العمل في حق العبد عملًا بالشبهين بالنظر إلى الموضعين، حيث ألحق بالجنس الواحد إذا سمي في عقد هو معاوضة المال بما ليس بمال، وألحق بالأجناس المختلفة إذا سمي في عقد هو معاوضة المال بالمال، وإنما فعل هكذا؛ لأن العبد في أنواعه لسبب فحش التفاوت فيما بينهم بمنزلة الأجناس المختلفة، ولكن هو في ماهية اسم العبد، وفي حق ما يطلب منه من المنفعة الخاصة بالعبد، جنس واحدٌ، ثم في معاوضة المال بالمال تجري المضايقة، والمماكسة، فألحق بالأجناس المختلفة ليكون العمل فيه بأحوط الأمرين على ما هو موضوعة من المضايقة، وفي معاوضة المال بما ليس بمال تجري المساهلة والمسامحة، ألحق بالجنس عملًا بما هو موضوعة من المساهلة، ولما كان كذلك لو كاتب العبد على ثوب أو دابة لا يصح لعدم تعين الجنس؛ لأن الثوب أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينًا في الذمة في شيءٍ من المعاوضات كما في النكاح، وإن أدى إليه ثوبًا لم يعتق؛ لأنَّا لم نعلم بأداء المشروط حقيقةً.

فإن قيل: المسمى ثوبٌ وهذا الاسم حقيقة لما أدّى فينبغي أن يعتق، وإن لم يكن هذا هو البدل حكمـًا، كما لو كاتبه على خمرٍ.

قلنا: نعم المسمى ثوب ولكن الثياب متفاوتة تفاوتـًا فاحشًا، فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمًّى؛ لأنه لو تعين لم يكن للمولى أن يرجع عليه بشيءٍ آخر، فإنه مال متقوم وقد سلم له، وفي هذا ضرر عليه، فلدفع الضرر عنه لا يتعين هذا مسمًّى؛ ولأن هذا بمنزلة الاسم المشترك، وفي المشترك لا يتعين شيءٌ بمطلق الاسم، ولاعموم للاسم المشترك فلهذا لا يعتق بأداء الثوب، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الكِتَابَةِ؛ – لأنها بنيت على المسامحة – فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ البَدَلِ – أي: جهالة وصف البدل – بِجَهَالَةِ الأَجَلِ فِيهِ، فإنه يصح بأن قال: كاتبتُك إلى الحصا،

اللهُ -: لا يَجُوزُ، وَهُوَ القِيَاسُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ البَيْعَ.

وَلَنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوْ بِمَالٍ لكِنْ عَلَى وَجْهٍ يَسْقُطُ المِلْكُ فِيهِ فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ، وَالجَامِعُ أَنَّهُ يُبْتَنَى عَلَى المُسَامَحَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى المُمَاكَسَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ فَهُوَ جَائِزٌ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مِقْدَارًا مَعْلُومًا وَالعَبْدُ كَافِرًا؛ لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الخَلِّ فِي حَقِّنَا (وَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَى قِيمَةُ الخَمْرِ) لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا، وَفِي التَّسْلِيمِ ذَلِكَ إِذِ الخَمْرُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَيَعْجَزُ عَنْ تَسْلِيمِ البَدَلِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا

أو إلى الدياس.

وفي «المبسوط»: ولو كاتبها على ألف إلى القطاف، أو إلى الحصاد، أو إلى الدياس، أو إلى نحو ذلك من الأجل جاز استحساناً، وفي القياس لا يجوز؛ لأن عقد الكتابة لا يصح إلا بتسمية البدل كالبيع، وهذه الآجال المجهولة إذا شرطت في أصل البيع فسد بها العقد، فكذلك في الكتابة، ولكنه استحسن فقال: الكتابة فيما يرجع إلى البدل بمنزلة العقود المبنيَّة على التوسع في البدل كالنكاح والخلع، ومثل هذه الجهالة في الأجل لا يمنع صحة التسمية في الصداق، فكذلك في الكتابة؛ وهذا لأن الجهالة المستدركة في الأجل نظير الجهالة المستدركة في البدل، وهو جهالة الصفة بعد تسمية الجنس، فكما لا يمنع ذلك صحة التسمية في الكتابة، فكذلك هذا.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ، أي: بالنظر إلى جانب العبد؛ لما أن البدل مقابل بما يثبت للعبد من صفة المالكية، وفك الحجر، وذلك ليس بمال.

قوله: أَوْ بِمَالٍ، أي: بالنظر إلى جانب المولى؛ لأن رقبة العبد تخرج عن ملك المولى بمقابلة بدل الكتابة، ورقبة العبد مال في حق المولى، لكن هذه المقابلة على وجه الإسقاط، لا على وجه إثبات الملك للغير، فإن شيئاً من المال لا يدخل في ملك المكاتب، فكان بمنزلة

تَبَايَعَ الذِّمِّيَّانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حَيْثُ يَفْسُدُ البَيْعُ عَلَى مَا قَالَهُ البَعْضُ، لِأَنَّ القِيمَةَ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الكِتَابَةِ فِي الجُمْلَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ كَاتِب عَلَى وَصِيفٍ وَأَتَى بِالقِيمَةِ يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى العَقْدُ عَلَى القِيمَةِ، فَأَمَّا البَيْعُ فَلَا يَنْعَقِدُ صَحِيحًا عَلَى القِيمَةِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ)؛ لِأَنَّ فِي الكِتَابَةِ مَعْنَى المُعَاوَضَةِ. فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ إِلَى المَوْلَى سَلَّمَ العِوَضَ الآخَرَ لِلْعَبْدِ وَذَلِكَ بِالعِتْقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ العَبْدُ مُسْلِمًا حَيْثُ لَمْ تَجُزِ الكِتَابَةُ؛ لِأَنَّ المُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ إِلتِزَامِ الخَمْرِ، وَلَوْ أَدَّاهَا عَتَقَ،

حصول البضع للمرأة في الخلع، فيبتني على المسامحة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة.

قوله: وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ، أي: وإذا قبض قيمة الخمر عتق، وبه صرَّح الإمام قاضي خان رحمه الله وغيره في «شرح الجامع الصغير».

قوله: وَلَوْ أَدَّاهَا عَتَقَ، أي: أدى العبد المسلمُ الخمرَ؛ لأن العقد وقع على الخمر، وهو مسلم وقع العقد فاسدًا من الابتداء، فلا تجب قيمة الخمر، ولكن في الكتابة معنى تعليق العتق بالأداء، فإذا وجد الشرط وهو أداء الخمر يعتق، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب المسلم عبده على الخمر ابتداءً، يعتق العبد بأداء الخمر وإن وقع العقد فاسدًا، وفيما نحنُ فيه وهو ما إذا كاتب النصراني عبده الكافر على خمر، ثم أسلم أحدهما فأدى الخمر لا يعتق، مع أن القياس يقتضي أن يعتق هاهنا بأداء الخمر بالطريق الأولى؛ لأن العقد في الابتداء تأكد انعقاده على الخمر؟

قلتُ: الفرق بينهما هو أن الكتابة في عقد المسلم على الخمر انعقدت مع الفساد، فيعتق بأداء البدل المشروط؛ لما فيه من معنى التعليق لما ذكرنا، ويكون عليه قيمة نفسه، وأمَّا هاهنا فالكتابة انعقدت صحيحةً على تقدير أداء بدلٍ يصح أداؤه، وقامت القيمة مقام الخمر، ولم يوجد هاهنا معنى التعليق بأداء الخمر حتى يعتق بأداء الخمر، إلى هذا أشار

وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الإمام التمرتاشي رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وهو ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله: فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ عَتَقَ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُعْتَقُ، إلى آخره، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ)

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ) لِأَنَّ مُوجَبَ الكِتَابَةِ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا يَدًا، وَذَلِكَ بِمَالِكِيَّةِ التَّصَرُّفِ مُسْتَبِدًّا بِهِ تَصَرُّفًا يُوَصِّلُهُ إِلَى مَقْصُودِهِ وَهُوَ نَيْلُ الحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ البَدَلِ، وَالبَيْعُ وَالشِّرَاءُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ، وَكَذَا السَّفَرُ لِأَنَّ التِّجَارَةَ رُبَّمَا لا تَتَّفِقُ فِي الحَضَرِ فَتَحْتَاجُ إِلَى المُسَافَرَةِ، وَيَمْلِكُ البَيْعَ بِالمُحَابَاةِ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ قَدْ يُحَابِي فِي صَفْقَةٍ لِيَرْبَحَ فِي أُخْرَى.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لا يَخْرُجَ مِنَ الكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِمُقْتَضَى العَقْدِ، وَهُوَ مَالِكِيَّةُ اليَدِ مِنْ جِهَةِ الِاسْتِبْدَادِ وَثُبُوتِ

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

لمَّا ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة، شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله أو لا يفعله.

قوله: فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لا يَخْرُجَ مِنَ الكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِمُقْتَضَى العَقْدِ، فإن قلتَ: لا ملائمة بين المعلل وعلته؛ لأن هذه العلة تقتضي أن يفسد عقد الكتابة، كما إذا شرط في البيع ما يخالف مقتضى العقد على ما مرَّ في البيوع: كل شرط يخالف مقتضى العقد، إلى أن قال: فهو مفسد للعقد، فحينئذٍ لا يكون للعبد أن يمضي على موجب الكتابة من السفر وغيره، وهاهُنا استدل بهذه العلة على أن يمضي على موجب عقد الكتابة، فكان الاستدلال بها على ما ادَّعاه من الحكم عكس ما يقتضيه علته.

الِاخْتِصَاصِ فَبَطَلَ الشَّرْطُ وَصَحَّ العَقْدُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِ العَقْدِ، وَبِمِثْلِهِ لا تَفْسُدُ الكِتَابَةُ، وَهَذَا لِأَنَّ الكِتَابَةَ تُشْبِهُ البَيْعَ وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ فَأَلْحَقْنَاهُ بِالبَيْعِ فِي شَرْطٍ تَمَكَّنَ فِي صُلْبِ العَقْدِ،

قلتُ: هذا التعليل لبيان أن هذا الشرط باطل في نفسه وليس بصحيح، ثم الشرط الباطل في عقد الكتابة على نوعين:

أحدهما: ما هو المتمكن في صلب العقد فهو مفسد لعقد الكتابة، والثاني: ما هو غير متمكن في صلبه فهو ليس بمفسد، وهذا الشرط الذي ذكره وهو أن لا يخرج من الكوفة ليس بمتمكن في صلب العقد فلا يفسده، ولمَّا لم يفسده كان على المكاتب أن يمضي على موحب كتابته، وهو جواز السفر له، والدليل على هذا التقرير ما ذكره في «المبسوط» بعد ما ذكر صورة المسألة هذه، كان هذا الشرط باطلاً؛ لأنه خلاف موجب العقد، فإن مالكية اليد تثبت له حق الاستبداد بالخروج إلى حيث شاء، والمقصود بالعقد يمكنه من ابتغاء المال، وذلك بالضرب في الأرض، قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد وكان باطلًا.

وعند سفيان الثوري رحمه الله يصح هذا الشرط؛ لأنه مفيد كالمودع إذا قال للمودع: أحفظها في بيتك دون بيت غيرك صحَّ، كذا هذا، وإذا لم يصح هذا الشرط عندنا لا يبطل العقد بهذا الشرط؛ لأن هذا الشرط وراء ما يتم به العقد، والشرط الفاسد في الكتابة لا يفسد العقد إذا لم يكن متمكنًا في صلبه، وإنما يفسد إذا تمكَّن في صلبه لمعنى، وهو أن الكتابة تشبه البيع من وجه، وهو أنَّها تحتمل الفسخ في الابتداء، وتشبه النكاح من وجه، وهو أنَّها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالأداء، فيوفر حظهما عليها، فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد إذا تمكن في صلب العقد، ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الفاسد إذا لم يتمكن في صلبها.

ولأن هذا العقد مع احتماله الفسخ مبنِيٌّ على التوسع، فلتحقيق معنى التوسع قلنا: الشرط إذا لم يتمكن في صلبه يكون لغوًا، بخلاف البيع فإنه مبنِيٌّ على التضييق، ثم المعنى من المتمكن في صلب العقد هو أن يكون الفساد بمعنى في البدلين، وهنا لا فساد في بدل الكتابة.

كَمَا إذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً؛ لِأَنَّهُ فِي البَدَلِ وَبِالنِّكَاحِ فِي شَرْطٍ لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِهِ هَذَا هُوَ الأَصْلُ. أَوْ نَقُولُ: إنَّ الكِتَابَةَ فِي جَانِبِ العَبْدِ إعْتَاقٌ لِأَنَّهُ إسْقَاطُ المِلْكِ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَخُصُّ العَبْدَ فَاعْتُبِرَ إعْتَاقًا فِي حَقِّ هَذَا الشَّرْطِ، وَالإِعْتَاقُ لا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

قَالَ: (وَلا يَتَزَوَّجُ إلَّا بِإِذْنِ المَوْلَى) لِأَنَّ الكِتَابَةَ فَكُّ الحَجْرِ مَعَ قِيَامِ المِلْكِ ضَرُورَةَ التَّوَسُّلِ إلَى المَقْصُودِ، وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلَةً إلَيْهِ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِ المَوْلَى؛ لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ (وَلا يَهَبُ وَلا يَتَصَدَّقُ إلَّا بِالشَّيْءِ اليَسِيرِ)؛ لِأَنَّ الهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ تَبَرُّعٌ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ لِيُمَلِّكَهُ، إلَّا أَنَّ الشَّيْءَ اليَسِيرَ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يَجِدُ بُدًّا مِنْ ضِيَافَةٍ وَإِعَارَةٍ لِيَجْتَمِعَ عَلَيْهِ المُجَاهِزُونَ. وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ وَتَوَابِعِهِ

قوله: كَمَا إذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً، بأن قال: كاتبتك على أن تخدمني مدةً، أو زمانـًا، أمَّا لو كاتبه على أن يخدمه شهرًا، القياس أن لا يجوز؛ لجهالة جنس الخدمة، فإن الخدمة قد تكون في البيت، وقد تكون خارج البيت، وعن هذا قال مشايخنا: ذكر القياس في الكتابة يكون ذكرًا في الإجارة، يعني: أن هناك أيضـًا لا تجوز الإجارة قياسًا في هذه الصورة، وفي الاستحسان يجوز؛ لأن أعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس عرفًا، والمعروف فيما بين الناس كالمشروط، ولهذا جازت الإجارة وإن لم يبين نوع الخدمة، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلَةً إلَيْهِ، أي: إلى المقصود؛ ولأن حكم المالكية إنما يثبت به يد التمكن من أداء بدل الكتابة؛ لأن كل عقد لا يوصله إلى ذلك لا يثبت له حكم المالكية في ذلك، بل يكون هو كالعبد، فلا يتزوج إلا بإذن مولاه، كذا في «المبسوط».

المُجَاهِزُ: عند العامة الغني من التجار، فكأنه أريد المجهز، وهو الذي يبعث التجار بالجهاز، وهو فاخر المتاع، أو يسافر به، فحرف إلى المجاهز، كذا في «المغرب».

(وَلَا يَتَكَفَّلُ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ، فَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَالِاكْتِسَابِ وَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعَيْهِ نَفْسًا وَمَالًا لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ (وَلَا يُقْرِضُ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَيْسَ مِنْ تَوَابِعِ الِاكْتِسَابِ (فَإِنْ وَهَبَ عَلَى عِوَضٍ لَمْ يَصِحَّ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً (وَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ)؛ لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ بِهِ الْمَهْرَ فَدَخَلَ تَحْتَ الْعَقْدِ.

قوله: وَلَا يَتَكَفَّلُ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ، إلا أن كفالته ككفالة العبد المحجور عليه يصح في حقه بعد العتق، وأمَّا في الحال فَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعَيْهِ، سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره، أمَّا إذا كان بغير أمره فظاهر؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ، ولا يكون له الرجوع بما أدَّى فصار كالهبة، وإن كان بأمره فكذلك أيضـًا؛ لأن الكفيل متى أدَّى يصير مقرضًا بما أدى إلى المكفول عنه، والإقراض تبرع؛ لأنه إعارة حكمـًا، بدليل أن قبض البدل ليس بشرط في المجلس، ولو كان معاوضة لشرط قبضه فيه لكونه صرفًا، وكذا الكفالة بالنفس لا تصح أيضـًا؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ من غير عوض يحصل له.

ولا يقال: إنه التزم فعلًا في ذمته وهو التسليم، وتسليم النفس ممَّا لا يتعلق به المال، فكان متصرفًا فيما هو خالص حقه فيجوز؛ لأنا نقول: إن الكفالة متى صحت قد تتعدى إلى المال؛ لأنه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك، ومتى حبس عجز عن الكسب فيتصل ضرر هذا الالتزام بكسبه، فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز، وسواء كان بإذن المولى أو بغير إذنه؛ لأنه لا ملك للمولى في منافعه ومكاسبه، فوجود إذنه فيما هو تبرع كعدمه، كذا في «المبسوطين».

قوله: وَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ؛ لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ؛ لأنه يكتسب به المهر، ويسقط عنه نفقتها.

فإن قلتَ: لمَّا ملك المكاتب تزويج أمته بهذه العلة، ينبغي أن تملك المكاتبة تزويج نفسها بالطريق الأولى، أمَّا المساواة فباعتبار وجود هذه العلة فيها؛ لأنها تكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها، وأمَّا الأولوية فإن في تزويج الأمة إنما تسقط نفقة الأمة عن مولاها إذا بوَّأها المولى بيتًا، وأمَّا إذا لم يُبوئها فلا تسقط، وأمَّا المكاتبة فإنَّها تستحق النفقة

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ) وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَجُوزَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ مَآلَهُ العِتْقُ وَالمُكَاتَبُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ كَالإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ عَقْدُ اكْتِسَابٍ لِلْمَالِ فَيَمْلِكُهُ كَتَزْوِيجِ الأَمَةِ وَكَالبَيْعِ وَقَدْ يَكُونُ هُوَ أَنْفَعَ لَهُ مِنَ البَيْعِ؛

على زوجها وإن لم يبوئها المولى بيتًا، بخلاف المدبرة، وأم الولد، والمسألة في «فتاوى قاضي خان» وغيرها، ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق «المبسوط»: أن المكاتبة لا تتزوج بغير إذن المولى؟

قلتُ: نعم كذلك كان ينبغي أن تملك ذلك؛ لأنه اكتساب للمهر في حقها، ولكن الجواب فيه هو أن رقبتها باقية على ملك المولى، فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بالتزويج؛ ولأن فيه تعييب رقبتها فإن النكاح عيبٌ فيها، وربما تعجز فيبقى هذا العيب في ملك المولى، ثم هذا التزويج ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيءٌ آخر سوى المال، فلذلك لم يكن هذا العقد ممَّا تناوله الفك الثابت بالكتابة، وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الأمة، كذا في «المبسوط».

وذكر فيه أيضـًا بعد ذكر مسألة تزويج الأمة بأنه جائز؛ لأنه اكتساب المال، ثم قال: فإن قيل: هذا موجود في ابنته، ومع ذلك لا يملك تزويجها، قلنا: نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى، وأمته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته، ولو عجز وقد حاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد، ويلزمه ذلك في أمته ومكاتبته، أمَّا لو زوج المكاتب عبده امرأةً لا يجوز على ما يجيء في الكتاب؛ لأنه ليس من اكتساب المال في شيء، بل فيه إتلاف المال من غير عوض يحصل له، فإن رقبة العبد تصير مشغولة بالمهر، والنفقة من غير مال يحصل له.

فإن قلتَ: ما تقول في مكاتب زوج أمته من عبده، فإن فيه اجتمع الدليل الذي يجوز مع الدليل الذي لا يجوز؛ إذ بالنظر إلى تزويج الأمة يجوز، وبالنظر إلى تزويج العبد لا يجوز؟

قلتُ: رُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز، فوجهه أن فيه اكتساب المال من غير ضرر يلحقه فكان جائزًا، وإنما قلنا ذلك؛ لأن فيه اكتساب الولد من غير زيادة ضرر يلحقه؛

لِأَنَّهُ لا يُزِيلُ المِلْكَ إِلَّا بَعْدَ وُصُولِ البَدَلِ إِلَيْهِ وَالبَيْعُ يُزِيلُهُ قَبْلَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الأَبُ وَالوَصِيُّ ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ لِلْمَمْلُوكِ مِثْلَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ. بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ.

قَالَ: فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الأَوَّلُ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ.

لأن المهر لا يجب على المولى، ونفقتها كانت عليه قبل النكاح فلم يكن فيه زيادة ضرر لم يكن، وفيه اكتساب مال، ولكن في ظاهر الرواية قال: لا يجوز؛ لما أن الداخل تحت الكتابة تجارة، واكتساب مال، وتزويج العبد أمته ليس باكتساب مال، وحصول الولد موهوم وهو ليس باكتساب له في الحال، وفيه نوع ضرر؛ لأنه ربما يبيع الأمة فلا يبطل النكاح، فتجب على العبد نفقتها وهي أمة الغير، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ؛ لأن الإعتاق على مال فوق الكتابة؛ لأن الكتابة معاوضة حتى تقال وتفسخ، ولا تعتق في الحال، بخلاف الإعتاق على مال، فإن حقيقة العتق تحصل له في الحال بنفس القبول، من غير توقف إلى أداء المال، وهذا غير ثابت للمكاتب، ففي تجويزه إطلاق أمر للمكاتب فوق ما هو حاله، وذلك لا يجوز؛ لأن فيه إثباتًا لغيره لما لا يملكه، وبخلاف تعليقه العتق، بأن قال المكاتب لعبده: إن أدّيت إليّ ألفًا فأنت حر، فإنه أيضًا لا يصح؛ لأنه تعليق عتق بالشرط مقصودًا، وهذا غير ثابتٍ للمكاتب مقصودًا، وإنما يثبت له ضمنًا لثبوت فك الحجر عن الاكتساب بالكتابة، فلا يملك إيجابه مقصودًا لغيره؛ لأنه غير ثابت له مقصودًا، والإنسان إنما يملك إيجاب الشيء لغيره بقدر ما ثبتَ له، ولكن ليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والديه؛ لأنهم دخلوا في كتابته تبعًا، والمكاتب لا يكاتب؛ ولأنّهم بمنزلة مملوكين للمولى حتى لا يبيعهم، فكما لا يكاتب نفسه فكذلك لا يكاتبهم، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: فَإِنْ أَدَّى الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الأَوَّلُ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ؛ لأن المكاتب الثاني مكاتب المولى بواسطة المكاتب الأعلى؛ لأنه لو لا كتابة المكاتب الأعلى لما قدر المكاتب الأعلى على كتابته، فالحكم كما يضاف إلى العلة كذلك يضاف إلى علة

....

العلة؛ ولأن الدليل على أن للمولى فيه نوع ملك ما ذكره في باب ما لا يثبت النسب فيه من أم الولد، من كتاب العتاق «للمبسوط» بقوله: وإذا وطئ الرجل أمة لمكاتبه فولدت فادَّعاه وصدقه المكاتب، فهو ولده بالقيمة وعليه العقر؛ لأنه له حق التمليك في كسب المكاتب، وذلك بمنزلة الغرور، أو أقوى منه، فكما يثبت النسب هناك كذلك يثبت هاهنا، إلى أن قال: ثم عند تصديق المكاتب لا تصير الجارية أم ولد له؛ لأن حق الملك ثابت له في كسبه، وذلك كاف في إثبات نسب الولد، ألا ترى أن بعجزه ينقلب حقيقة ملك، فلا حاجة به إلى التملك، وليس للأب في مال الولد ملك ولا حق ملك، ولا يمكن إثبات النسب منه إلا باعتبار تملك الجارية، فلذلك صارت جارية الولد أم ولد للأب عند دعوة الولد منها.

وذكر في «الذخيرة» في الفصل الخامس من المكاتب: فإن أعتق الثانِي بأداء مكاتبته ننظر: إن كان الأول مكاتبًا حال عتق الثانِي فإن الولاء يثبت لمولى المكاتب الأعلى، وإن كان حرًّا فالولاء يثبت للمكاتب الأعلى لا لمولاه؛ وهذا لأن المكاتب الأعلى كما صار مكاتبًا للثانِي فمولاه صار مكاتبًا للثانِي من وجه؛ لأن لكل واحد منهما حق الملك في كسب المكاتب الثانِي، فالكتابة داخلة تحت كتابة الأول فيكون حاصله بإذن المولى، فبقدر ما للمولى من حق الملك في كسبه يصير منقولًا لا إلى المولى، فيصير المولى مكاتبًا له من وجه، وبقدر ما للمكاتب الأول يصير مكاتبًا له، إلا أن حق المكاتب في كسبه أرجح من حق المولى؛ لأن له حق الملك وحق التصرف، وللمولى حق الملك، وليس له حق التصرف، فإذا أمكن إثبات الولاء منهما بأن كان الأول من أهل الولاء حال عتق الثانِي، كان إثبات الولاء منه أَوْلَى لرجحان حقه على حق المولى، وإذا لم يكن الأول من أهل الولاء بأن كان مكاتبًا أثبتناه من مولاه.

وفي «المبسوط»: فإن أدَّى الثانِي قبل الأول كان ولاؤه لمولى الأول؛ لأن الأول صار معتقًا له والإعتاق يعقب الولاء، وهو ليس بأهل للولاء؛ لأنه رقيق بعد، فيخلفه فيه أقرب الناس إليه وهو مولاه، كالعبد المأذون إذا اشترى شيئًا يملكه مولاه بهذا الطريق، وهو أن الشراء موجب للملك، فإذا لم يكن المشتري من أهل الملك خلفه في الملك أقرب الناس

وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الإِعْتَاقِ إِلَيْهِ فِي الجُمْلَةِ، فَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَى مُبَاشِرِ العَقْدِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ أُضِيفَ إِلَيْهِ كَمَا فِي العَبْدِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا يَثْبُتُ المِلْكُ لِلْمَوْلَى.

قَالَ: (فَلَوْ أَدَّى الأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَعَتَقَ لا يَنْتَقِلُ الوَلاءُ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّ المَوْلَى جُعِلَ مُعْتِقًا وَالوَلاءُ لا يَنْتَقِلُ عَنِ المُعْتِقِ (وَإِنْ أَدَّى الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الأَوَّلِ فَوَلاؤُهُ لَهُ)؛ لِأَنَّ العَاقِدَ مِنْ أَهْلِ ثُبُوتِ الوَلاءِ وَهُوَ الأَصْلُ فَيَثْبُتُ لَهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ زَوَّجَ عَبْدَهُ لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ لَيْسَتْ مِنَ الكَسْبِ وَلا مِنْ تَوَابِعِهِ. أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ المِلْكِ عَنْ رَقَبَتِهِ وَإِثْبَاتُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ المُفْلِسِ فَأَشْبَهَ الزَّوَالَ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَكَذَا الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ عَلَى مَالٍ فِي الحَقِيقَةِ.

إليه وهو المولى.

قوله: وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الإِعْتَاقِ إِلَيْهِ، - أي: إلى المولى الأصل - فِي الجُمْلَةِ، فيقال: مولى زيد، أو معتق زيد بطريق المجاز، وإن كان معتق معتقه، ولهذا يدخل معتق المعتق في الاستئمان على مواليه.

قوله: كَمَا فِي العَبْدِ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا، يعني: يَثْبُتُ المِلْكُ لِلْمَوْلَى؛ لتعذر إثباته للعبد؛ لأنه ليس من أهل الملك على ما ذكرنا.

قوله: لِأَنَّ المَوْلَى جُعِلَ مُعْتِقًا، أي: بطريق المباشرة حكمًا؛ لما أن العقد انتقل إلى المولى لعدم صلاحية المكاتب للإعتاق، فلمَّا صار المولى معتقًا لم ينتقل الولاء منه إلى غيره، بخلاف جر الولاء، فإن ثمَّة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة، بل تسبيبًا باعتبار إعتاق الأم، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى المسبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة، والتعذر عند عدم عتق الأب، فإذا عتق زالت الضرورة فتحول الولاء إلى قوم الأب، إلى هذا

وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّهُ تَنْقِيصٌ لِلْعَبْدِ وَتَعْيِيبٌ لَهُ وَشَغْلُ رَقَبَتِهِ بِالمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِ الأَمَةِ لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِاسْتِفَادَتِهِ المَهْرَ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ الأَبُ وَالوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ)؛ لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الِاكْتِسَابَ كَالمُكَاتَبِ، وَلِأَنَّ فِي تَزْوِيجِ الأَمَةِ وَالكِتَابَةِ نَظَرًا لَهُ، وَلَا نَظَرَ فِيمَا سِوَاهُمَا وَالوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ.

أشار في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّهُ تَنْقِيصٌ لِلْعَبْدِ وَتَعْيِيبٌ لَهُ، ولهذا لو اشترى عبدًا فوجده ذا زوجة يتمكن من الرد بالعيب، كذا في «الأوضح».

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارة إلى قوله: وَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ؛ لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ.

قوله: وَلِأَنَّ فِي تَزْوِيجِ الأَمَةِ وَالكِتَابَةِ نَظَرًا لَهُ، أي: للصغير، أمَّا في تزويج الأمة فلما ذكر: أَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِاسْتِفَادَتِهِ المَهْرَ.

وأمَّا في الكتابة فلما ذكر في «المبسوط» بقوله: والكتابة أنظر له من البيع؛ لأن بالبيع يزول ملكه عن العين قبل وصول البدل إليه، وبالكتابة لا يزول ملكه عنه إلا بعد وصول المال إليه، وتسقط نفقته عنه في الحال، وإذا تعذر وصول المال إليه لعجزه تفسخ الكتابة، وكان عبدًا له على حاله، فإذا ملك الوصي البيع ملك الكتابة بالطريق الأولى.

فإن قلتَ: فعلى هذا كان ينبغي أن يملك الوصي كتابة عبد الصغير عند وجود الدين في التركة، كما يملك بيع التركة مع وجود الدين على ما ذكره في وصايا هذا الكتاب **بقوله:** وَإِذَا بَاعَ الوَصِيُّ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الغُرَمَاءِ فَهُوَ جَائِزٌ، ثمَّ هاهنا لو كاتب الوصي عبدًا من التركة لا يجوز وإن كانت الورثة صغارًا، إذا كان على الميت دين وإن كان لا يحيط بماله، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه هو أنا لو صححنا كتابة الوصي لا يخلو: إمَّا أن نصحح لأجل الغريم،

قَالَ: (فَأَمَّا المَأْذُونُ لَهُ فَلا يَجُوزُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ المُضَارِبُ وَالمُفَاوِضُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عَنَانٍ هُوَ قَاسَهُ عَلَى المُكَاتَبِ وَاعْتَبَرَهُ بِالإِجَارَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّ المَأْذُونَ لَهُ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، فَأَمَّا المُكَاتَبُ يَتَمَلَّكُ

أو لأجل اليتيم، أو لأجل الميت، وكل ذلك لا يصح فلا تصح كتابته؛ وذلك لأن حق الغريم مُقدم، وما لم يصل إليه كمال حقه لا يسلم شيء من التركة إلى الوارث، فلا يمكن تصحيح كتابته للغريم؛ إذ ليس للوصيّ عليه ولايةٌ، ولا لليتيم؛ لأنه لا يسلم له شيء من التركة إلا بعد قضاء الدين، ولا للميت؛ لأن حقه في تفريغ ذمته، ويتأخر ذلك بكتابته فلذلك لم يجز، بخلاف البيع فإن المالية باقية كما كانت، وحق الغريم في مالية التركة لا في عينها، إلا أن يستوفي الغريم من بقية التركة فحينئذٍ تنفذ الكتابة؛ لأن المانع قد زال، وكذلك إن كان مكان الدين وصية بالثلث؛ لأنه لا ولاية للموصي على الموصى له في كتابة نصيبه، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: هُوَ قَاسَهُ عَلَى المُكَاتَبِ وَاعْتَبَرَهُ بِالإِجَارَةِ، أي: أبو يوسف رحمه الله قاس المأذون على المكاتب، فإن المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون، وكذلك اعتبر التزويج بالإجارة، فإن للمأذون أن يؤاجر أمته وعبده، فكذلك يجوز له أن يزوج أمته.

ثم استعمل لفظ القياس في العينين: وهما المأذون والمكاتب، ولفظ الاعتبار في الفعلين: وهما التزويج والإجارة؛ لأن المماثلة بين هذين العينين ظاهرة؛ إذ في كل منهما فك الحجر، وإطلاق التصرف، فكان شرط القياس موجودًا واستعمل لفظ القياس لذلك، وأمّا في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير؛ لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين؛ لأن للمنفعة حكم المالية، ألا ترى أن الحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بمقابلة المنافع، كما لا يثبت دينًا بمقابلة الأموال الحقيقية في البيع، فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق.

قوله: وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، إشارة إلى تزويج الأمة؛ لأن التجارة اسم لمبادلة المال

الِاكْتِسَابَ وَهَذَا اكْتِسَابٌ، وَلِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ فَيُعْتَبَرُ بِالكِتَابَةِ دُونَ الإِجَارَةِ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ هَؤُلاءِ كُلُّهُمْ تَزْوِيجَ العَبْدِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

بالمال، وتزويج الأمة ليس كذلك فلا يملكه المأذون له، بخلاف المكاتب فإنه يملكه؛ لأن المكاتب يملك الِاكْتِسَابَ وَهَذَا اكْتِسَابٌ؛ لأن الاكتساب اسم لما يوصل به إلى المال، وبتزويج الأمة يصل المولى إلى المهر فكان اكتساباً؛ وإنما كان هكذا لأن المكاتب ملحق بالأحرار في استبداده بالتصرف، واكتساب نفسه، والأصل في هذا أن كل من كان تصرفه عامًّا في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة في حق الغير، كالأب، والوصي، والجد، والمفاوض، والمكاتب، والقاضي، وأمين القاضي، وكل من كان تصرفه خاصًّا في التجارة كالمضارب، وشريك العنان، والمأذون لا يملك تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَلِأَنَّهُ، أي: ولأن تزويج الأمة.

قوله: إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، أي: الإجارة مبادلة المال بالمال؛ لأن المنافع في باب الإجارة مال على ما ذكرنا؛ ولأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهرًا في النكاح، مع أن النكاح شرع ابتغاؤه بالمال؛ لقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، فعلم بهذا أن المنافع في باب الإجارة لها حكم المال من كل وجه، فلم يلزم من جواز تصرف المأذون له في الإجارة جواز تصرفه في تزويج الأمة؛ لما أن تزويج الأمة نظير الكتابة من حيث أن كلًّا منهما مبادلة المال بغير المال، لا نظير الإجارة، ثم المأذون له لا يملك الكتابة فيجب أن لا يملك تزويج الأمة، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتِبَ

فصل في بيان من يدخل في الكتابة تبعاً

لمَّا ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الإصالة، ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية، وما يتبعها، والتبع يتلو الأصل.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، وكذلك لو اشترى أمه، وهؤلاء يدخلون في كتابته بطريق التبعية.

ثم اعلم أن الأقوى في الدخول في كتابته تبعًا الولد المولود في كتابته، ثم الولد المشتري، ثم الوالدان، فعلى هذا الترتيب ظهرت الأحكام، حتى أن الولد المولود في كتابته يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية، فإنه يحرم بيعه حال حياته، ويقبل بدل الكتابة منه على نجوم الأب، وكذلك الولد المشتري في حق حرمة البيع حال حياة المكاتب، ولكن يقبل منه بدل الكتابة بعد موت الأب حالًا، ولا يمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن حال المولود في التبعية.

ثم الأب دون المشتري حتى أنه يحرم بيعه حال حياة ابنه المكاتب، ولم يقبل منه بدل الكتابة بعد موته لا حالًا، ولا مؤجلًا، ليظهر نقصان رتبته في التبعية عن الولد المشتري، وعن الولد المولود في الكتابة، وإنما كان هكذا؛ لأن التبعية للولد المولود في الكتابة ثابتة بالملك، والبعضية الثابتة حقيقة وقت ثبوت العقد، وأمَّا الولد المشتري فتبعيته بالملك، وبالبعضية بينهما في حق العقد من حيث الحكم، لا من حيث الحقيقة؛ لأن بعد الانفصال

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الإِعْتَاقِ فَيُجْعَلُ مُكَاتَبًا تَحْقِيقًا لِلصِّلَةِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ،

لا بعضية بينهما من حيث الحقيقة.

وأمَّا الوالدان فإنما يتبعان الولد باعتبار الملك لا باعتبار البعضية، فإنهما ليسا ببعض من الولد، فلذلك انحطت تبعيتهما عن تبعية الولد المشتري، وعن تبعية الولد المولود، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

قوله: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، حتى يمتنع بيعه، ثم إنَّما قيد **بقوله: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ،** ولم يقل صار مكاتبًا؛ لأنه لو كان مكاتبًا إصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي، وليس كذلك، بل يعجز الداخل لعجز الأصلي، حتى إذا عجز المكاتب بيع الأب؛ لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا بطريق الإصالة.

فإن قلتَ: لو كان دخل المشتري في كتابة المكاتب هاهنا لوجب أن يسقط من بدل الكتابة ما يخصه إذا أعتق المولى الداخل في كتابة المكاتب، كما إذا كاتب رجل عبده على نفسه، وولده الصغار، ثم إذا أعتق المولى أحد الأولاد الصغار رفع عنه بحصة قيمة المعتق من بدل الكتابة، ولم ترفع هاهنا.

قلتُ: إنما كان كذلك؛ لأن العقد هناك يصل إلى الكل مقصودًا، وإن كان أولاد المكاتب هناك أتباعًا له من وجه أيضًا، حتى يعتقون بعتقه، ويردون إلى الرق بعجزه، ولكن جهة المقصودية في الأولاد باقية أيضًا باعتبار إضافة المولى العقد إليهم، وإن كان القابل هو الأب، وأمَّا هاهنا وهو الولد المشتري، أو الولد المولود في الكتابة، فتبع من كل وجهٍ، فلذلك إذا أعتقه المولى لا يسقط شيء من البدل لكونه تبعًا من كل وجه، وشيء من البدل لا يقابل التبع.

اعلم أن جنس هذه المسائل التي يتناولها عقد الكتابة من اثنين أو أكثر على سبعة أوجه:

(١) كتابة العبدين مقصودًا (٢) وكتابة العبدين مع كفالة كل واحد منهما عن الآخر (٣) وكتابة العبدين مع شرط إن أدّيا عتقا، وإن عجزا ردًّا إلى الرق (٤) وكتابة العبد الحاضر عن نفسه وعن الغائب (٥) وكتابة العبد عن نفسه وولده الصغار (٦) وكتابة الأب أو الولد

أَلَا تَرَى أَنَّ الحُرَّ مَتَى كَانَ يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ يُعْتَقُ عَلَيْهِ (وَإِنِ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لِأَوْلَادٍ لَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَدْخُلُ) اعْتِبَارًا بِقَرَابَةِ الوِلَادِ إِذْ وُجُوبُ الصِّلَةِ يَنْتَظِمُهُمَا وَلِهَذَا لا يَفْتَرِقَانِ فِي الحُرِّ فِي حَقِّ الحُرِّيَّةِ.

تبعًا لولده أو أبيه، وهو على نوعين: أحدهما الولد المشتري، (٧) والثانِي الولد المولود في الكتابة وهو السابع، فكل واحد منهما مختص بحكم على حدة يمتاز به عن الآخر.

(١) أمَّا الأول: فكتابة العبدين من غير كفالة وشرط، بأن يكاتبهما على ألف درهم مكاتبة واحدة ولم يزد على هذا، فحكمه أنه إذا أدَّى أحدهما حصته من المال يعتق، ولا يعتق الآخر، وكذلك إذا عجز أحدهما لا يكون ذلك عجزًا في حق الآخر.

(٢) وأمَّا الثانِي: فأن يكاتب عبدين له مكاتبةً واحدةً على ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، ففي هذه الصورة كان كل واحدٍ منهما كفيلًا عن الآخر، وهاهنا وفي الثالث لو أدَّى أحدهما ما يخصه من الألف لا يعتق، بخلاف الأول.

(٣) وأمَّا الوجه الثالث: فهو أن يقول المولى: إن أدَّيا عتقا، وإن عجزا ردًّا في الرق، فحكمه أنه لا يعتق واحد منهما ما لم يصل إلى المولى جميع الألف، بخلاف الأول.

(٤) وأمَّا الوجه الرابع: وهو ما إذا كاتب الرجل عبدًا له على نفسه، وعلى عبد له غائب بألف درهم جاز ذلك استحسانًا.

(٥) وكذلك الوجه الخامس، وهو أن يكاتب عبده على نفسه، وولده الصغار، فإنه يجوز، ولكن الفرق بين هذين الوجهين هو أنه إذا مات الحاضر ليس للمولى أن يطالب الغائب بشيءٍ من البدل، وفي الوجه الخامس إذا مات الأب ولم يؤد شيئًا سعى أولاده في المكاتبة على النجوم، بمنزلة الولد المولود في الكتابة، بخلاف الوجه الرابع.

(٦) وأمَّا الوجه السادس: فهو الولد المشتري في حالة الكتابة.

(٧) والوجه السابع: وهو الولد المولود في الكتابة، فقد ذكرنا التفاوت بينهما من «الذخيرة» في هذا الفصل.

وَلَهُ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لا مِلْكًا، غَيْرَ أَنَّ الكَسْبَ يَكْفِي الصِّلَةَ فِي الوِلادِ حَتَّى أَنَّ القَادِرَ عَلَى الكَسْبِ يُخَاطَبُ بِنَفَقَةِ الوَالِدِ وَالوَلَدِ وَلا يَكْفِي فِي غَيْرِهِمَا حَتَّى لا تَجِبَ نَفَقَةُ الأَخِ إِلَّا عَلَى المُوسِرِ، وَلِأَنَّ هَذِهِ قَرَابَةٌ تَوَسَّطَتْ بَيْنَ بَنِي الأَعْمَامِ وَقَرَابَةِ الوِلادِ فَأَلْحَقْنَاهَا بِالثَّانِي فِي العِتْقِ، وَبِالأَوَّلِ فِي الكِتَابَةِ وَهَذَا أَوْلَى؛ لِأَنَّ العِتْقَ أَسْرَعُ نُفُوذًا

وأمَّا الفرق بين الوجه الخامس وبين هذين الوجهين: فهو أن الأولاد الصغار للمكاتب قبل عقد الكتابة لا يدخلون في كتابته بدون عقده عليهم، وأمَّا الولد المشتري والولد المولود في الكتابة فإنَّهما يدخلان في كتابته بدون العقد، وفي سائر الأحكام حكم الوجه الخامس مثل حكم الوجه السادس والسابع، هذا كله ممَّا التقطته من «المبسوط».

قوله: وَلَهُ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لا مِلْكًا، والدليل على أنه لا ملك للمكاتب على الحقيقة أن الصدقة تحل له وإن أصاب كثيرًا، ولا يملك الهبة، ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها، كذا في «الأسرار».

قوله: وَلِأَنَّ هَذِهِ قَرَابَةٌ، أي: قرابة الأخوة.

قوله: فَأَلْحَقْنَاهَا بِالثَّانِي فِي العِتْقِ، أي: ألحقنا قرابة الأخوة بثانِي المذكورين في القرابة، وهو قرابة الولاء في حق العتق، حتى إذا ملك الحر أخاه يعتق كما يعتق والده أو ولده إذا ملكه.

قوله: وَبِالأَوَّلِ فِي الكِتَابَةِ، أي: ألحقنا قرابة الأخوة بأول المذكورين في القرابة، وهو قرابة بنِي الأعمام في حق الكتابة، حتى إذا ملك المكاتب أخاه لا يكاتب عليه، كما إذا ملك المكاتب ابن عمه فإنه لا يكاتب عليه، وإنما فعلنا هكذا عملًا بالشبهين؛ وذلك لأنَّا لو ألحقنا هذه القرابة، وهي قرابة الأخوة بالأولاد في حق الكتابة وقلنا: بأن الأخ يكاتب على المكاتب إذا اشتراه لوجب علينا أيضـًا أن نقول: إذا ملك الحر أخاه يعتق عليه أيضـًا، فحينئذٍ يلزم إلغاء العمل بشبهة قرابة بنِي الأعمام، فلا تبقى حينئذٍ قرابة الأخوة متوسطة بين القرابتين؛ لأن المتوسط هو ذو حظ من الجانبين، فلمَّا لم يعمل بهما لم يبق المتوسط متوسطـًا.

وذكر في «الذخيرة»: وأبو حنيفة رحمه الله يقول: علة صَيْرُورة حال المملوك بمنزلة

مِنَ الكِتَابَةِ، حَتَّى أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ كَانَ لِلْآخَرِ فَسْخُهُ، وَإِذَا أَعْتَقَ لَا يَكُونُ لَهُ فَسْخُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الكِتَابَةِ وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ

حال المالك شيئان: قرابةٌ محرمةٌ للنكاح، وحقيقة الملك على ما قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»، فقد جعل العلة شيئين: القرابة المحرمة للنكاح، وحقيقة الملك، وهذه العلة بجملتها وجدت في حق الحر سواء ملك أخاه، أو ابنه، أو أباه؛ لأن الحر له الملك حقيقة، وقد وجدت القرابة المحرمة للنكاح، وقد وجدت علة العتق في حقهم فيعتقون، فأمَّا المكاتب فقد وجدت علة العتق فيما إذا كان المشتري ابنه أو والده؛ لأنه وجدت القرابة المحرمة للنكاح، وهذا ظاهر، ووجدت حقيقة الملك أيضاً حكماً؛ لأنه انضم إلى حق الملك الولاد، وللولاد زيادة أثر في إيجاب الصلة ليس ذلك لمجرد القرابة المحرمة للنكاح، حتى أن الأب يستحق النفقة وإن كان كسوبًا، ويستحق النفقة عند اختلاف الدين، فإذا انضم إلى حق الملك ما له زيادة أثر في إيجاب الصلة التحق الحق بالحقيقة، ومن حكم حقيقة الملك أن يصير المملوك بمثل حال المالك إذا كان ذا رحم محرم منه، كذا هاهنا.

وفيما إذا كان المشتري أخاً له لم توجد علة العتق في حق المكاتب؛ لأنه إذا وجدت القرابة المحرمة للنكاح لم توجد حقيقة الملك لا حقيقةً ولا حكماً، أمَّا حقيقة فلا إشكال، وأمَّا حكماً واعتبارًا فلأنه لم ينضم إلى حقيقة الملك ما له أثر في إيجاب زيادة الصلة؛ لأن الموجب لزيادة الصلة الولاد، وقد انعدم الولاد في قرابة الأخ فلم يلتحق الحق بالحقيقة، بل بقي مجرد الحق مع القرابة المحرمة للنكاح، وإنه ليس بعلة تامة لصيرورة المشتري بمثل حال المشتري.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الكِتَابَةِ وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا، وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدُهَا، إلى آخره، والأصل في هذا هو أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل النكاح؛ لأن حقيقة الملك في رقبتها لا يثبت للمكاتب لقيام الرق المنافي فيه، إنَّما يثبت له ملك اليد وبملك اليد لا يبطل النكاح، وله أن يبيعها ما لم تلد منه؛ لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق

مَعَهَا وَلَدُهَا، أَمَّا دُخُولُ الوَلَدِ فِي الكِتَابَةِ فَلِمَا ذَكَرْنَاهُ. وَأَمَّا امْتِنَاعُ بَيْعِهَا فَلِأَنَّهَا تَبَعٌ لِلْوَلَدِ فِي هَذَا الحُكْمِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدُهَا فَكَذَلِكَ الجَوَابُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ؛ لِأَنَّ كَسْبَ المُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، إِلَّا أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ هَذَا الحَقُّ فِيمَا إِذَا

الصلة فلا يمتنع عليه البيع بسببه.

فإن ولدت منه امتنع بيعها تبعًا لثبوت حق الولد، وكذلك المكاتبة تشتري زوجها فله أن يطأها بالنكاح؛ لأنَّها لم تملك رقبته حقيقة.

ثم إن امرأة المكاتب إذا ولدت قبل أن يشتريها المكاتب، ثم ملكها المكاتب بوجه من الوجوه فلا يخلو: إمَّا أن ملكها مع الولد، أو وحدها، فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالإجماع، وإن ملكها وحدها قال أبو حنيفة رحمه الله: له أن يبيعها، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ليس له أن يبيعها، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: فَلِمَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى ما ذكره في أول الفصل بقوله: لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتِبَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الإِعْتَاقِ.

قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدُهَا، أي: وقت شرائها، أي: اشترى أم ولده ولم يشتر ولدها معها.

قوله: لِأَنَّ كَسْبَ المُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ، أي: بين أن يؤدي المكاتب بدل الكتابة فيعتق، وما فضل من بدل الكتابة كان للمكاتب، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولى، ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد النكاح، ولو كان ملكه ثابتًا لفسد، ولهذا لا يصح تبرعاته.

قوله: فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ - أي: بكسب المكاتب - مَا لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، وهو الاستيلاد؛ إذ لو تعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ، أو كان الاستيلاد محتملًا للفسخ،

كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ تَبَعًا لِثُبُوتِهِ فِي الوَلَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَبِدُونِ الوَلَدِ لَوْ ثَبَتَ ثَبَتَ ابْتِدَاءً وَالقِيَاسُ يَنْفِيهِ (وَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُشْتَرَى (وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكَسْبُهُ لَهُ)؛ لِأَنَّ كَسْبَ الوَلَدِ كَسْبُ كَسْبِهِ وَيَكُونُ كَذَلِكَ

فينفسخ بانفساخ الكتابة، فحينئذٍ يلزم أن يجعل الشيء الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشيء الذي يقبل الفسخ بطريق التبعية، وذلك لا يجوز؛ لأن الذي لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعًا لما هو دونه.

وذكر في «شرح الأقطع»: لأن حق الاستيلاد ممَّا لا يلحقه الفسخ، ومال المكاتب موقوف فلم يجز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ.

قوله: وَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ؛ لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتِبَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الإِعْتَاقِ.

فإن قلتَ: فقد ذكر في أصول الفقه أن المكاتب لا يملك التسري، وكذا ذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله، و«المغني»، وقال: المكاتب لا يملك وطء أمته، ولما لم يملك وطء أمته فكيف يتحقق له ولد من أمته حتى يدخل في كتابته؟

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن المكاتب في ملك مكاسبه يدًا بمنزلة الحر، وذلك القدر من الملك كاف لثبوت النسب له، وعدم حل الوطء غير مانع لثبوت النسب عند الدعوة فيما له نوع ملك، أو حق التملك، كما إذا استولد المولى مكاتبته فإن وطئها حرام بعد الكتابة، ثم إذا ادعى ولدها يثبت النسب، وكأحد الشريكين في الأمة فإنه لا يحل له وطء الأمة المشتركة، ومع ذلك لو جاءت الأمة بولد فادَّعاه أحد الشريكين يثبت النسب منه، وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه فولدت فادَّعاه يثبت النسب، وليس له إلا حق التملك، ولا شك أن الأب في جارية الابن أدنى ملكًا من المكاتب في جاريته؛ بدليل أن للابن أن يطأ جاريته نفسه، ولا يحل لمولى المكاتب أن يطأ جارية مكاتبه، فلمَّا ثبت النسبُ من الأب من جارية ابنه عند الدعوة، فلأن يثبت النسب للمكاتب من جاريته عند الدعوة بالطريق الأَوْلَى.

والدليل على أن المكاتب مثل الحر في ادعاء النسب ما ذكره في باب دعوة المكاتب

قَبْلَ الدَّعْوَةِ فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَلَدَتِ المُكَاتَبَةُ وَلَدًا؛ لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ البَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا فَيَسْرِي إِلَى الوَلَدِ كَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ.

من مكاتب «المبسوط» بقوله: جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدًا، فادَّعاه المكاتب قال: الولد ولده، والجارية أم ولد له، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها للحر يوم علقت منه، ولا يضمن من قيمة الولد شيئًا؛ لأن المكاتب بما له من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر، فبقيام الملك له في نصفها هاهنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق، ويثبت لها حق أمومية الولد في حق امتناع البيع تبعًا لثبوت حق الولد، ويصير متملكًا نصيب صاحبه منها من حين علقت، فيضمن نصف عقرها ونصف قيمتها، ولا يضمن من قيمة الولد شيئًا؛ لأنه حادث على ملكه، والحر في نظير هذا لا يكون ضامنًا شيئًا من قيمة الولد، فكذلك المكاتب.

قوله: فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ، - أي: اختصاص المكاتب بكسبه - وَكَذَلِكَ إِنْ وَلَدَتِ المُكَاتَبَةُ وَلَدًا، أي: من زوجها، يعني أن المكاتبة إذا ولدت ولدًا من زوجها يدخل الولد في حكم كتابة الأم تبعًا؛ لأنه لمَّا دخل ولد المكاتب في كتابة الأب تبعًا فهاهُنا أَوْلَى؛ لأن حرية الأم ورقبته تسريان إلى ولدها، بخلاف حرية الأب ورقبته فإنَّهما لا تسريان إلى ولده، ثمَّ لمَّا دخل ولد المكاتبة في كتابة الأم هاهُنا لم يجز بيعه، كما لا يجوز بيع أمه بطريق التأكيد؛ لكونها مكاتبة، فكذا لا يجوز بيع ولدها لدخوله في كتابتها، وهذا معنى **قوله**: لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ البَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا فَيَسْرِي إِلَى الوَلَدِ.

ثم **قوله**: مُؤَكَّدًا، في الكتاب للاحتراز عن ولد الآبقة، حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها؛ لما أن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد، فلا يسري إلى الولد؛ لما أن الإباق ليس ممَّا يبقى دائمًا كالإعتاق، وشُعبه، والرقية، والإسلام، فلا يكون مؤكدًا.

وكذلك **قوله**: مُؤَكَّدًا، يقع احترازًا عن كونها مستأجرة، وجانية، فإن الأمة بعد وجود هذه الأوصاف فيها لا يجوز بيعها مطلقًا، بل مقرونًا بشيءٍ آخر لكنها غير مؤكدة لما قلنا، فكذلك لا تسري إلى الولد، وعن هذا قالوا: الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري

قَالَ: (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا)؛ لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الأُمِّ أَرْجَحُ وَلِهَذَا يَتْبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ.

قَالَ: (وَإِنْ تَزَوَّجَ المُكَاتَبُ بِإِذْنِ مَوْلاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ

إلى الأولاد، فقولهم: القارة، للاحتراز عن هذه الأوصاف، والشرعية للاحتراز عن أوصافها الخلقية كالبياض، والسواد، والحمرة، والطول، والقصر.

قوله: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا، - وفي بعض النسخ: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِمَا - وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا، أي: في الدخول يتبعهما، ولكن في أداء الكسب يتبع أمه لزيادة وجود دلالة التبعية في حقها؛ لأنه يتبعها في الرقية والحرية دون الأب، فكذلك في أداء الكسب، والوجه هو الأول؛ لأن الدخول في الكتابة باعتبار أداء الكسب لمن تبعه، فلمَّا أدى كسبه إلى أمه فكذلك يتبعها في الدخول.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا دخل ولدهما الصغير في كتابتهما، ثم قتله قاتل خطأ، فكانت قيمته للأبوين جميعًا ليستعينان بها في الكتابة ولا تختص بها الأم، وفي مسألتنا كان كسب الولد للأم خاصة؟

قلتُ: إنما كان كذلك؛ لأن تلك المسألة متصوَّرة فيما إذا قبل الوالدن الكتابة عليه، وحالهما في ذلك على السواء؛ إذ لا ولاية لواحد منهما عليه، ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى؛ لأن الولد صار مكاتبًا بقبولهما فلم يبق للمولى سبيل على كسبه، وعلى قيمة رقبته، فلا بدَّ من أن تؤخذ القيمة عنه فتكون للأبوين؛ لأنَّهما كانا ينفقان عليه في حياته، وكانا أحق بحضانته، وأمَّا الولد المولود بينهما بعد الكتابة فإن كسبه أو قيمته للأم خاصة؛ لأن ثبوت الكتابة في حق الولد هاهنا بطريق التبعية، وجانب الأم يترجح في ذلك؛ لأنه جزء منها، وهناك ثبوت الكتابة في حق الولد بالقبول، والقبول منهما جميعًا فلذلك كانت قيمته لهما جميعًا، كذا في باب كتابة العبد على نفسه من مكاتبة «المبسوط».

قوله: وَإِنْ تَزَوَّجَ المُكَاتَبُ بِإِذْنِ مَوْلاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، إلى آخره، ثم الغرور إنَّما يثبت كما يثبت بقول الأمة أنَّها حرة، فكذلك يثبت بقول غيرها بأن زوجها منه حر

اسْتَحَقَّتْ فَأَوْلادُهَا عَبِيدٌ وَلا يَأْخُذُهُمْ بِالقِيمَةِ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ يَأْذَنُ لَهُ المَوْلَى بِالتَّزْوِيجِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَوْلادُهَا أَحْرَارٌ بِالقِيمَةِ)؛

على أنَّها حرة، فإن الأب يرجع بقيمة الولد على المزوج في الحال؛ لأن ضمان الغرور كضمان الكفالة، والحر مؤاخد بضمان الكفالة في الحال، وإن كان الذي غرَّه منها عبدًا، أو مدبرًا، أو مكاتبًا، فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا، سواء كان العبد مأذونًا له أو لم يكن؛ لأن المأذون له إنما يؤاخذ بضمان التجارة في الحال لا بضمان الكفالة، فيتأخر إلى عتقهم، وهذا إذا زوجها الغار.

وأمَّا إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنَّها حرة ولم يزوجها إيَّاه، وتزوجها الرجل على أنَّها حرة فإذا هي أمة وقد ولدت، ضمنَ الزوج قيمة الولادة؛ لأنه مغرور، ولا يرجع الزوج على المخبر بشيء؛ لأنه ما التزم شيئًا إنما أخبره بخبر كان كذبًا، وذلك لا يثبت له حق الرجوع، كما لو أخبره أن الطريق آمن فسلك فأخذه اللصوص، ولكن يرجع بقيمة الولد على الأمة إذا أعتقت؛ لأنَّها غرته حين زوجت نفسها على أنَّها حرة، وضمان الغرر كضمان الكفالة.

قوله: وَلا يَأْخُذُهُمْ بِالقِيمَةِ، أي: ولا يأخذ المكاتب أولادة بقيمة يؤديها إلى المستحق.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: أَوْلادُهَا أَحْرَارٌ بِالقِيمَةِ، كما في الحر، وكذلك قول زُفر رحمه الله، ثم على قول محمد رحمه الله إن كان التزويج من هولاء، أعنِي: العبد، والمدبر، والمكاتب، بإذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال، وإن كان بغير إذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق؛ لأن كل دين وجب على المملوك بسبب مأذون فيه من جهة المولى فإنَّما يؤاخذ به في الحال، وكل دين وجب عليه بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى، فإنما يؤاخذ به بعد العتق، وإذا تزوجها وهو يعلم أنَّها أمة، أو تزوجها وهو يحسب أنَّها حرة، ولم يغره منها أحد فأولاده أرقاء؛ لأن هذا ظن منه، والظن لا يغنِي من الحق شيئًا؛ ولأن الموجب لحرية الولد الغرور، ولم يتحقق الغرور هاهنا، هذا كله في باب العبد من نكاح «المبسوط».

وذكر في شروح «الجامع الصغير» لشمس الأئمة، وفخر الإسلام، وقاضي خان،

لِأَنَّهُ شَارَكَ الحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الحَقِّ وَهُوَ الغُرُورُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إِلَّا لِيَنَالَ حُرِّيَّةَ الأَوْلَادِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ فَيَكُونُ رَقِيقًا، وَهَذَا لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالحُرِّيَّةِ، وَخَالَفْنَا هَذَا الأَصْلَ فِي الحُرِّ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهَاهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ فَيَبْقَى عَلَى الأَصْلِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

والكشاني رحمهم الله أن قيمة الأولاد عند محمد رحمه الله يؤديها العبد، والمكاتب بعد العتق لا في الحال، إلى هذا أيضاً أشار في الكتاب بقوله: لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهَاهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ.

قوله: لِأَنَّهُ شَارَكَ الحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الحَقِّ وَهُوَ الغُرُورُ، فيشاركه في حكمه وهو حرية الأولاد؛ لأن حاجة المملوك إلى حرية ولده أظهر من حاجة الحر؛ لأنه ربما يتطرق بها إلى حرية نفسه، وإذا ألزم هذا الشرط من الحر فمن المملوك أَوْلَى، وإذا ضمن قيمة الولد عند محمد رحمه الله يرجع بذلك عليها؛ لأن الغرور حصل منها.

قوله: وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَى هُنَاكَ مَجْبُورٌ، إلى آخره؛ ولأن ماء الرجل هناك بصفته حر فإنه جزء منه، وإنما يصير رقيقًا باتصاله برحم الأمة، وهناك ماء العبد رقيق كنفسه، والحاجة إلى إثبات الحرية لمائه، وما يصلح لإبقاء ما كان على ما كان لا يصلح لإيجاب ما لم يكن.

يُوضحه: أن الحاجة هناك إلى الترجيح عند التعارض؛ لأن اعتبار جانب مائه يوجب حرية الولد، واعتبار جانب مائها يُوجب رقّ الولد، فجعلنا الغرور دليلًا مرجحًا، وهاهنا الحاجة إلى إيجاب الحرية دون الترجيح، وما يصلح مرجحًا لا يصلح موجباً، كذا في نكاح «المبسوط».

قوله: فَيَبْقَى عَلَى الأَصْلِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ، إدخال الفاء هاهُنا في عجزه؛ لأن ذلك نتيجة ما ذكره من الدليل، أي: لمَّا لم يكن المولود بين الرقيقين في معنى المولود بين حرٍّ ورقيق لما

قَالَ: (وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ أَمَةً عَلَى وَجْهِ المِلْكِ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَى ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ فَعَلَيْهِ العُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الكِتَابَةِ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ حَتَّى يُعْتَقَ وَكَذَلِكَ المَأْذُونُ لَهُ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ المَوْلَى لِأَنَّ التِّجَارَةَ وَتَوَابِعَهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ الكِتَابَةِ، وَهَذَا العُقْرُ مِنْ تَوَابِعِهَا؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا

ذكرنا من الدليل، بقي المولود بين الرقيقين على ما يقتضيه أصل القياس، وهو أن يكون تابعًا لأمه، فبقي رقيقًا كهي، ولا يلحق المكاتب بالحر حتى يكون ولده حرًّا بالقيمة.

قوله: وَإِنْ وَطِئَ المُكَاتَبُ أَمَةً عَلَى وَجْهِ المِلْكِ - بأن اشتراها - بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَى، متعلق **بقوله:** وَطِئَ، أي: وطئها بغير إذن المولى، أمَّا هو مأذون في تملكها بالشراء وغيره؛ لأنه مكاتب، والمكاتب غير ممنوع عن شراء الجارية وغيرها، ثم التقييد بغير إذن المولى إنما تظهر فائدته في حق إثبات مثل هذا الحكم في إذن المولى بالطريق الأولى؛ لأنه لمَّا كان يؤاخذ المكاتب بالعقر في حال كتابته بسبب الوطء بغير إذن المولى، لَأَن يؤاخذ به في مال الكتابة عند إذن المولى بالوطء بالطريق الأولى، ألا ترى أنه يفترق هكذا فيما إذا وجد الوطء في النكاح، فإنه لو كان مأذونًا بالنكاح فنكحها ووطئها يؤاخذ بمهرها في الحال، ولو لم يكن مأذونًا به لا يؤاخذ بالمهر في الحال، بل يؤخر إلى ما بعد العتق.

أو أن فائدة **قوله:** بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَى، هي الفرق بين الوطء بطريق الملك بالشراء، وبين الوطء بطريق النكاح، فإن حكم العقر في أنه يؤاخذ به في الحال لا يفترق بين أن يكون مأذونًا بالوطء، وبين أن لا يكون مأذونًا بالوطء إذا كان الوطء بطريق الملك بالشراء، وأمَّا إذا كان الوطء بطريق النكاح، فإن حكم العقر يفترق في حق المؤاخذة على ما ذكرنا.

وقوله: وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَى وَجْهِ النِّكَاحِ، أي: بغير إذن المولى للنكاح.

قوله: وَكَذَلِكَ المَأْذُونُ لَهُ، سواء كان قنًّا أو مدبرًا.

قوله: وَهَذَا العُقْرُ مِنْ تَوَابِعِهَا، أي: وهذا العقر الذي وجبَ على المكاتب بسبب وطي المشتراة من توابع التجارة، فإنه لو وطئها قبل أن يشتريها لكان عليه الحد دون العقر، وما

الشِّرَاءُ لَمَا سَقَطَ الحَدُّ وَمَا لَمْ يَسْقُطْ الحَدُّ لا يَجِبُ العُقْرُ. أَمَّا لَمْ يَظْهَرْ فِي الفَصْلِ الثَّانِي لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ مِنَ الِاكْتِسَابِ فِي شَيْءٍ فَلَا تَنْتَظِمُهُ الكِتَابَةُ كَالكَفَالَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى المُكَاتَبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا ثُمَّ وَطِئَهَا فَرَدَّهَا أُخِذَ بِالعُقْرِ فِي المُكَاتَبَةِ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ التِّجَارَةِ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ تَارَةً يَقَعُ صَحِيحًا وَمَرَّةً يَقَعُ فَاسِدًا، وَالكِتَابَةُ وَالإِذْنُ يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعَيْهِ كَالتَّوْكِيلِ فَكَانَ ظَاهِرًا فِي حَقِّ المَوْلَى.

يجب بسبب الشراء يكون ضمان التجارة، وما يترتب عليه حكمه أيضًا حكم ضمان التجارة، وإن كان مقابلًا بما ليس بمالٍ، ألا ترى أن العارية، والهدية اليسيرة، والضيافة اليسيرة، لمَّا كانت من توابع التجارة كان مأذونًا فيها، وإن كان تبرعًا حقيقة.

وأما في الفصل الثاني فوجوب العقر باعتبار شبهة النكاح، وذلك ليس من التجارة في شيءٍ، وليس من الكسب أيضًا حتى يتناوله حكم الكتابة، فلم يكن التزامه داخلًا في ولاية المكاتب بغير إذن المولى، فتأخر إلى عتقه، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتَبَةُ مِنَ الْمَوْلَى فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لِأَنَّهَا تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ عَاجِلَةٌ بِبَدَلٍ وَآجِلَةٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فَتُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَنَسَبُ وَلَدِهَا ثَابِتٌ مِنَ الْمَوْلَى وَهُوَ حُرٌّ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا وَمَا لَهُ مِنَ الْمِلْكِ يَكْفِي لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ بِالدَّعْوَةِ.

فصلٌ آخر من هذا النوع

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول، فلذلك فصَلها بفصل ووصلها بالذكر.

قوله: وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبته؛ لأن للمولى في رقبتها حقيقة الملك، وللمكاتبة حق الملك، فترجحت الحقيقة على الحق فيثبت من غير تصديق، بخلاف ما إذا ادعى ولد أمة المكاتبة، فإن ثَمَّة لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة؛ لأن للمولى حق الملك في اكتسابها دون حقيقة الملك فيحتاج إلى التصديق، كذا في «مبسوط» شيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: وَمَا لَهُ مِنَ الْمَلَكِ - بفتح اللام، أي: والذي له من الملك - يَكْفِي لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ بِالدَّعْوَةِ؛ وهذا لأنه لمَّا كفى للمكاتب ملك أدنى منه في مكاتبته، بدليل عدم جواز إعتاقه لصحة الاستيلاد، حتى يثبت منه النسب عند الدعوة، فلأن يكفي للمولى ما له من الملك، وهو أقوى، بدليل جواز إعتاقه لصحة الاستيلاد أَوْلَى.

وَإِذَا مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ أَخَذَتِ العُقْرَ مِنْ مَوْلاهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَا. ثُمَّ إِنْ مَاتَ المَوْلَى عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الكِتَابَةِ، وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ وَتَرَكَتْ مَالًا تُؤَدَّى مِنْهُ مُكَاتَبَتُهَا وَمَا بَقِيَ مِيرَاثٌ لِابْنِهَا جَرْيًا عَلَى مُوجَبِ الكِتَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تَتْرُكْ مَالًا فَلَا سِعَايَةَ عَلَى الوَلَدِ لِأَنَّهُ حُرٌّ، وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ لَمْ يَلْزَمْ المَوْلَى إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ لِحُرْمَةِ وَطْئِهَا عَلَيْهِ، فَلَوْ لَمْ يَدَّعِ وَمَاتَتْ مِنْ غَيْرِ وَفَاءٍ سَعَى هَذَا الوَلَدُ؛ لِأَنَّهُ مُكَاتَبٌ تَبَعًا لَهَا، فَلَوْ مَاتَ المَوْلَى بَعْدَ ذَلِكَ عَتَقَ وَبَطَلَ عَنْهُ السِّعَايَةُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الوَلَدِ إِذْ هُوَ وَلَدُهَا فَيَتْبَعُهَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ) لِحَاجَتِهَا إِلَى اسْتِفَادَةِ الحُرِّيَّةِ قَبْلَ مَوْتِ

قوله: عَلَى مَا قَدَّمْنَا، إشارة إلى ما ذكر قبيل فصل الكتابة الفاسدة **بقوله**: لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلًا إِلَى المَقْصُودِ بِالكِتَابَةِ.

قوله: وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ لَمْ يَلْزَمْ المَوْلَى إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ، ولا يقال: ينبغي أن يلزم المولى هذا الولد بدون الدعوة؛ لأنه ولد أم الولد، وولد أم الولد يلزم المولى بدون الدعوة؛ لأنَّا نقول: ذلك في أم الولد التي لا يحرم وطئها، وأمَّا أم الولد هذه محرمة الوطء باعتبار بقاء الكتابة، فلذلك لا يلزمه نسب ولدها إلا بالدعوة.

وذكر في «مبسوط» فخر الإسلام رحمه الله: وهذا الذي ذكره بأن نسب الولد الآخر لا يثبت بدون الدعوة فيما إذا مضت الأمة على الكتابة، أمَّا إذا لم تمض عليها بل عجزت نفسها، ثم ولدت ولدًا فإنه يلزم المولى بدون الدعوة؛ لأنَّها صارت أم ولد حل وطئها، فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر أولاد أم الولد.

قوله: وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَى أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ، فإن قلت: ينبغي أن لا يجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن أم الولد غير متقومة عنده، وما ليس بمتقوم كيف يؤخذ بمقابلته بدل

الْمَوْلَى وَذَلِكَ بِالكِتَابَةِ، وَلا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ) لِتَعَلُّقِ عِتْقِهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ (وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الكِتَابَةِ)؛ لِأَنَّ الغَرَضَ مِنْ إِيجَابِ البَدَلِ العِتْقُ عِنْدَ الأَدَاءِ، فَإِذَا عَتَقَتْ قَبْلَهُ لَمْ يُمْكِنْ تَوْفِيرُ الغَرَضِ عَلَيْهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَتِ الكِتَابَةُ لِامْتِنَاعِ إِبْقَائِهَا بِغَيْرِ فَائِدَةٍ، غَيْرَ أَنَّهُ تُسَلَّمُ لَهَا الأَكْسَابُ وَالأَوْلَادُ؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ البَدَلِ وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ وَالأَوْلَادِ،

الكتابة وهو متقوم؟

قلتُ: إن لم يكن هي متقومة عنده لكن هي مملوكة للمولى، وعقد الكتابة يرد على المملوك ليتوسل به إلى ملك اليد، والمكاتب في الحال والحرية في ثاني الحال، وحاجة أم الولد إلى هذا كحاجة غيرها.

يُوضحه: أن موجب الكتابة مالكية اليد في المنافع والمكاسب للمكاتب، وأم الولد مملوكة للمولى يدًا وكسبًا، فيصح منه إثبات هذه المالكية لها بالبدل؛ ولأن ملكه فيها محترم، وإن لم تكن أم الولد مالًا متقومًا، وقد احتبس ذلك الملك عندها لمعنى من جهتها فيكون مضمونًا عليها عند الاحتباس بالبدل، وإن لم يكن مالًا متقومًا كالقصاص، فإنه ليس بمال متقوم، ثم إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله، فكذلك هاهنا جاز أن يؤخذ البدل بالكتابة بمقابلة ذلك الملك المحترم وإن لم يكن هو متقومًا في نفسه، إلى هذين المعنيين أشار في باب مكاتبة أم الولد من عتاق «المبسوط».

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ تُسَلَّمُ لَهَا الأَوْلَادُ وَالأَكْسَابُ؛ - أي: يعتق الأولاد ويخلص لها الاكتساب - لِأَنَّ الكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ البَدَلِ، حتى يسقط البدل عن المكاتبة، كما إذا انفسخ عقد الكتابة بسقوط بدل الكتابة عن المكاتب، وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ وَالأَوْلَادِ، حتى كانت المكاتبة أحق بأولادها وأكسابها من المولى، كما عند بقاء الكتابة كانت المكاتبة أحق بأكسابها، ولكن عتق أولادها هاهنا؛ لأنَّهم كانوا داخلين في كتابتها بالشراء، وبالولادة في حالة الكتابة، وقد ذكرنا أن من دخل في كتابة غيره بطريق التبعية كان له حكم المتبوع،

لِأَنَّ الفَسْخَ لِنَظَرِهَا وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ.

فيعتق بعتق المتبوع.

ثم معنى قوله: وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ وَالأَوْلَادِ، أي: وبقيت الكتابة على الأم في الأكساب والأولاد بطريق الاستتباع للأكساب والأولاد، وإن انفسخت في حق الأم، أي: بقيت الكتابة على الأم، لا للأم بل لأولادها، وإنَّما قال: هكذا دفعًا لشبهة ترد هاهنا، وهي أن القول بالاستتباع في الحرية والرقية بالأم إنما يكون أن لو كانت الأولاد متصلة بالأم في حالة الحرية والرقية، وهاهنا الأولاد منفصلة عن الأم حال عتق الأم، فكيف يعتق الأولاد بعتق الأم عند موت المولى؟ فأجاب عنها بهذا وقال: عدم العتق للأولاد المنفصلة إنما يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في كتابة الأم بطريق التبعيَّة، وهاهنا دخلت الأولادُ في كتابة الأم بطريق التبعية، فلذلك عتقوا بعتقها، فتحقق الكتابة في حق الأولاد لهذا المقصود، وإن بطلت الكتابة في حق الأم في حق البدل.

قوله: وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ، وهو أن تنفسخ الكتابة في حق الأم في حق بدل الكتابة حتى تسقط عنها، وتبقى الكتابة في حقها في حق الأولاد والأكساب.

وذكر في باب مكاتبة أم الولد من عتاق «المبسوط» في حق أم الولد التي كوتبت: ولو اشترت ابنًا لها عبدًا لم يكن لها أن تبيعه؛ لأنه صار داخلًا في كتابتها، فإن بالكتابة ثبتَ لها نوع مالكية، فإذا كان لها نوع مالكية ثبتَ مثل ذلك لولدها، وقد بيَّنا أن من يكاتب عليها يكون مملوكًا للمولى، حتى إذا أعتقه نفذ عتقه، وابنها وأبوها في ذلك سواء، إلا أنَّها إذا ماتت عن هذا الابن المشترى، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يسعي على النجوم كالابن المولود في الكتابة، وعند أبي حنيفة رحمه الله في القياس يُباع هذا الولد في الكتابة؛ لأنه انفصل عنها قبل ثبوت أمية الولد فيها، فلم يثبت حق أمية الولد لهذا الولد، فيُباع بعد موتها في المكاتبة كسائر أكسابها، بخلاف المولود في الكتابة فإنه بمنزلتها؛ لأنه انفصل منها وهي أم ولد مكاتبة.

وفي الاستحسان إن جاء بالمكاتبة حالًا قبلت منه ولم يبع فيها؛ لأنَّه في الحقيقة جزءٌ منها فيقوم مقامها في أداء الكتابة، إلا أنه ليسَ بجزءٍ من مكاتبه فلا يبقى الأصل ببقائه، ولكن

وَلَوْ أَدَّتِ الْمُكَاتَبَةُ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْلَى عَتَقَتْ بِالكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ.

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الحَاجَةِ وَلَا تَنَافِي، إِذِ الحُرِّيَّةُ غَيْرُ ثَابِتَةٍ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ مُجَرَّدُ الِاسْتِحْقَاقِ (وَإِنْ مَاتَ المَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا فَهِيَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَسْعَى فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَوْ جَمِيعِ مَالِ الكِتَابَةِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَسْعَى فِي أَقَلَّ مِنْهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِنْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا وَثُلُثَيْ بَدَلِ الكِتَابَةِ، فَالخِلَافُ فِي الخِيَارِ وَالمِقْدَارِ، فَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي المِقْدَارِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي نَفْيِ الخِيَارِ. أَمَّا الخِيَارُ فَفَرْعُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ عِنْدَهُ لَمَّا تَجَزَّأَ بَقِيَ الثُّلُثَانِ رَقِيقًا، وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ بِبَدَلَيْنِ مُعَجَّلٌ بِالتَّدْبِيرِ وَمُؤَجَّلٌ

يأتِي بالمال حالًا، بخلاف الولد المولود في الكتابة فإنه جزءٌ من مكاتبته، فلو كانت اشترت أباها أو أمّها فإنّها يؤخذ فيهما بالقياس بعد موتها، فيباعان في المكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الأب والأم ليسا بجزء للولد، وامتناع بيعهما عليها في حياتِها كان لما لهما من الحق في كسبها، وقد انعدم هذا المعنى بموتها؛ لأن حاجتها مقدمة على حاجة أبويها، فلهذا يباعان في مكاتبتها، بخلاف الولد فإنه جزء منها، فيجعل بقاء هذا الجزء كبقائها فيما هو المقصود.

قوله: وَلَوْ أَدَّتِ الْمُكَاتَبَةُ، بالنصب، أي: ولو أدت بدلَ الكتابة.

قوله: وَإِنْ كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ، إنّما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد التي ذكرها؛ لما أن هذه الأحكام التي رتبها عليها لا تختلف بين أن يكون مدبرًا أو مدبرة، ولهذا وضع المسألة في «المبسوط» في المدبر، وذكر هذه الأحكام لعدم تقدم ذكر أم الولد فيه.

قوله: وَإِنْ مَاتَ المَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا، وإنّما قيّد به؛ لأنه لو كان له مال غيرها وهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير، وسقطت عنها المكاتبة لوقوع الاستغناء لها عن أداء المال، فكان هذا بمنزلة ما لو أعتق المولى مكاتبه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ، إلى **قوله:** فَتُخَيَّرُ؛ لأن في التأخير فائدة لجواز أن يكون

بِالكِتَابَةِ فَتُخَيَّرُ. وَعِنْدَهُمَا لَمَّا عَتَقَ كُلُّهَا بِعِتْقِ بَعْضِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَجَبَ عَلَيْهَا أَحَدُ المَالَيْنِ فَتَخْتَارُ الأَقَلَّ لا مَحَالَةَ فَلا مَعْنَى لِلتَّخْيِيرِ. وَأَمَّا المِقْدَارُ فَلِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ قَابَلَ البَدَلَ بِالكُلِّ وَقَدْ سَلَّمَ لَهَا الثُّلُثَ بِالتَّدْبِيرِ فَمِنَ المُحَالِ أَنْ يَجِبَ البَدَلُ بِمُقَابَلَتِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ لَهَا الكُلَّ بِأَنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ يَسْقُطُ كُلُّ بَدَلِ الكِتَابَةِ فَهُنَا يَسْقُطُ الثُّلُثُ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنِ الكِتَابَةِ.

وَلَهُمَا أَنَّ جَمِيعَ البَدَلِ مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ رَقَبَتِهَا فَلَا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَهَذَا لِأَنَّ البَدَلَ وَإِنْ

أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل، وأداء أقل المالين أعسر لكونه حالًا، فكان في التخيير فائدة وإن كان جنس المال متحدًا، كذا في «مبسوط» فخر الإسلام رحمه الله.

قوله: فَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ قَابَلَ البَدَلَ بِالكُلِّ، أي: بكل المدبرة؛ لأنه أضاف العقد إلى كلها فقال: كاتبتك على هذا، وهي محل قابل لهذا العقد كالقن، فتصير كلها مكاتبًا، وإذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجانًا، فيجب أن يسقط بقدره من الثلث.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنِ الكِتَابَةِ، يعني: أنه لو كاتب عبده أولًا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه، فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق؛ لأنه عتق ثلثه بالتدبير، فيجب أن يكون فيما إذا سبق التدبير الكتابة كذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ جَمِيعَ البَدَلِ مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ رَقَبَتِهَا، إلى أن قال: لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ، فإن قلتَ: ما جوابهما عما لو قال محمد رحمه الله، وهذا القول منهم، وهو: أن المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة غير مستقيم؛ لأن المدبر إذا كوتب ثم أدّى جميع بدل كتابته في حياته يعتق عليه، ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالأداء؛ لأنه حينئذٍ يكون عقد الكتابة باطلًا، وفيه لا يعتق المكاتب وإن أدّى، كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة فأدّى الثوب أو الميتة فإنه لا يعتق؛ ولأن استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير، كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد، ثم لو كانت أم ولده صحت الكتابة ووجب المال، فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود عقد الكتابة عليه.

قُوبِلَ بِالكُلِّ صُورَةً وَصِيغَةً لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا ذَكَرْنَا مَعْنًى وَإِرَادَةً؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ ظَاهِرًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الإِنْسَانَ لا يَلْتَزِمُ المَالَ بِمُقَابَلَةِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلاثًا عَلَى أَلْفٍ كَانَ جَمِيعُ الأَلْفِ بِمُقَابَلَةِ الوَاحِدَةِ البَاقِيَةِ لِدَلالَةِ الإِرَادَةِ، كَذَا هَاهُنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَتِ الكِتَابَةُ وَهِيَ المَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِيهِ؛ لِأَنَّ البَدَلَ مُقَابَلٌ بِالكُلِّ إِذْ لا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ فِي شَيْءٍ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ)؛ لِمَا بَيَّنَّا (وَلَهَا الخِيَارُ، إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ،

قلتُ: هما يقولان: كتابة المدبر وأم الولد إنما صحت قبل الموت؛ لأن الاستحقاق غير متقرر لجواز أن يموتا قبل موت المولى، وأمَّا إذا مات المولى والمدبر يخرج من الثلث فقد بطلت الكتابة، وكذلك في أم الولد؛ لأنه إذا ماتَ المولى فقد تقرر استحقاقها جميعَ نفسها فبطلت الكتابة، فعُلِم بهذا أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير؛ وذلك لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن

ثابتاً في المكاتب، والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابتٌ؛ لأن التدبير موجبٌ استحقاقَ شيءٍ لها فلا يتصور استحقاق ذلك ثابتًا بالكتابة، فمن ضرورة ذلك كان البدل بمقابلة ما وراء ذلك، كما في مسألة الطلاق المذكورة في الكتاب، وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير، وشيء من ذلك لم يسلم للمدبر بموت المولى فلا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة.

قوله: لِأَنَّ البَدَلَ مُقَابَلٌ بِالكُلِّ؛ إِذْ لا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ، أي: عند عقد الكتابة، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط بحصته من بدل الكتابة.

قوله: وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ، وكذلك الحكم في تدبير مكاتبه، لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ.

وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً) لِأَنَّ الكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ فِي جَانِبِ المَمْلُوكِ، فَإِنْ مَضَتْ عَلَى كِتَابَتِهَا فَمَاتَ المَوْلَى وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا فَهِيَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَالِ الكِتَابَةِ أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: تَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِنْهُمَا، فَالخِلَافُ فِي هَذَا الفَصْلِ فِي الخِيَارِ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا. أَمَّا المِقْدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ،

قوله: وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه، وهو أن المكاتب إذا أراد أن يعجز نفسه فقال المولى: لا أعجزك، هل تفسخ الكتابة؟

روي عن الفقيه أبي بكر البلخي[1] رحمه الله أنه قال: سمعتُ أبا نصر محمد بن سلمة رحمه الله أنه قال: إذا أبى المولى أن يعجزه فله ذلك، ولا تفسخ الكتابة بتعجيزه، وكان يقول: المولى يقول له: إن أعجزتك فلي أن أستكسبك وأشغلك بالكسب ويكون الكسب لي خاصة، ولي أن لا أعجزك وأستكسبك فيكون الكسب لي ولك، قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله: فإنه خلاف ما ذكر أصحابنا في كتبهم، فإنهم قالوا: للعبد أن يعجز نفسه؛ وذلك لأن النفقة بعد التعجيز وفسخ الكتابة يكون على المولى، وكذلك جنايته على المولى، وفي حال الكتابة كل ذلك على العبد، فللعبد أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة حتى لا يلزمه ذلك، فالحاصل أن الكتابة من جانب المكاتب على قول محمد بن سلمة رحمه الله لازمة، وعلى ما يقوله أصحابنا في كتبهم غير لازمة، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: أَمَّا الخِيَارُ فَفَرْعُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ، إلى آخره.

قوله: أَمَّا المِقْدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وهو القول بالثلثين، سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك على قولهما؛ فإنَّهما لما قالا بِالأَقَلِّ مِنْهُمَا، أي:

---

(١) هو الإمام الفقيه، أبو بكر، محمد بن أحمد الإسكاف، البلخي، إمام كبير جليل القدر، أستاذ أبي جعفر الهندواني، وأبو بكر الأعمش محمد بن سعيد، وبه انتفع، وعليه تخرج، مات سنة (٣٣٦ هـ).
انظر: الجواهر المضية (٣/ ٧٦) و(٤/ ١٥-١٦)، الفوائد البهية (ص: ١٦٠).

وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ) لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيهِ (وَسَقَطَ بَدَلُ الْكِتَابَةِ) لِأَنَّهُ مَا الْتَزَمَهُ إِلَّا مُقَابَلًا بِالْعِتْقِ وَقَدْ حَصَلَ لَهُ دُونَهُ فَلَا يَلْزَمُهُ، وَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً فِي جَانِبِ الْمَوْلَى وَلَكِنَّهُ يُفْسَخُ بِرِضَا الْعَبْدِ وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوَسُّلًا إِلَى عِتْقِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ مَعَ سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ لَهُ؛ لِأَنَّا نُبْقِي الْكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ.

من ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها، كانا قائلين بالثلثين الذي هو أقل منهما.

بخلاف ما إذا كاتب مدبرته، وهي المسألة التي قبل هذه، فإن الخيار هناك على قول أبي حنيفة رحمه الله بين ثلثي قيمتها وبين جميع مال الكتابة، لا بين ثلثي مال الكتابة، وكذلك على قول أبي يوسف رحمه الله إنما يسعى في الأقل من ثلثي قيمتها ومن جميع مال الكتابة، فكان الخلاف هناك في الموضعين: في الخيار وفي المقدار، وأمَّا هاهنا فالخلاف في الخيار لا غير، وأمَّا المقدار وهو القول بالثلثين من أي مال كان، فقولهم جميعًا.

ثم على قول محمد رحمه الله لا يحتاج إلى الفرق، فإن قوله في المسألتين على نسق واحد، وهو أن يسعي في الأقل من ثلثي مال الكتابة، وثلثي قيمتها من غير خيار، وهما يحتاجان إلى الفرق، وذكر الفرق لهما في تلك المسألة **بقوله**: بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَتِ الْكِتَابَةُ.

قوله: وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، أراد به **قوله**: لِأَنَّ الْبَدَلَ مُقَابَلٌ بِالْكُلِّ، إلى آخره.

قوله: وَلَكِنَّهُ يُفْسَخُ بِرِضَا الْعَبْدِ، كما إذا باع المولى المكاتب، أو أجره برضاه فإنه يجوز.

قوله: وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ، ثم أنزل هذا الظاهر منزلة الواقع حتى انفسخت الكتابة وإن لم يوجد منه الرضاء.

قوله: لِأَنَّا نُبْقِي الْكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ، أي: في حق الإكساب بتأويل المكسوب، أو المال نظرًا للمكاتب.

وإنما ذكر هذا لدفع شبهة ترد على **قوله**: مَعَ سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ لَهُ، وهي أن يقال: ينبغي

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ فَصَالَحَهُ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ مُعَجَّلَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ) اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنِ الأَجَلِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَالدَّيْنُ مَالٌ فَكَانَ رِبًا،

أن لا يسلم الإكساب له، بل يجب أن تكون تلك الإكساب للمولى؛ لأن تلك الإكساب إكساب عبده، كما إذا عجز المكاتب نفسه وعادا إلى الرق، والإكساب في يده كانت الإكساب للمولى، وعلل هناك بأن تلك الإكساب إكساب عبده، وهاهنا أيضـًا كذلك فيجب أن يكون للمولى؛ بجامع أن في كل منهما انفساخ الكتابة، فأجاب عنه **بقوله**: لِأَنَّا نُبْقِي الكِتَابَةَ فِي حَقِّ الإكساب نظرًا للمكاتب، فلما بقينا الكتابة في حق الإكساب كان المكاتب أحق بإكسابه لا المولى، كما في حال قيام الكتابة حقيقةً، حتى أن المولى لو أعتق العبد الذي اشتراه مكاتبةً حال قيام الكتابة لا ينفذ إعتاقه، هكذا ذكر في آخر الفصل السادس من مكاتب «الذخيرة».

قوله: وَفِي القِيَاسِ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنِ الأَجَلِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَالدَّيْنُ مَالٌ فَكَانَ رِبًا، فإن قلتَ: **قوله**: فَكَانَ رِبًا، كيف يصلح نتيجةً لما ذكر قبله من التعليل بأن أحد العوضين ليس بمال، وهو يقتضي أن لا يكون ذلك ربًا؛ لأن الربا يختص بالأعراض المالية حتى اختص بالبيوع، بل هو أحد نوعي البيع الذي هو حرام على ما ذكرنا من رواية «المبسوط»، والبيع هو مبادلة المال بالمال، فعلى هذا ينبغي أن لا يكون ما ذكره ربًا؛ لأن الأجل ليس بمال.

قلتُ: الربا يجري في البياعات لا باعتبار اقتضائه المالية، بل لوجود حدِّ الربا وهو ما ذكره في الكتاب في باب الربا **بقوله**: الرِّبَا هُوَ الفَضْلُ المُسْتَحَقُّ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ فِي المُعَاوَضَةِ الخَالِي عَنْ عِوَضٍ شَرْطٍ فِيهِ، وهذا كما ترى لم يشترط فيه المال، بل الشرط فيه أن يخلو المستحق عن العوض في عقود المعاوضة، وعقد الكتابة عقد معاوضة، ولهذا يقال ويفسخ، وقد استحق الدين هنا وهو مال خال عن العوض في عقد المعاوضة؛ لأن الأجل ليس بمال فلا يصلح عوضًا للمال، فقد جاء ما ذكره في حد الربا فكان ربـًا، ألا ترى أن الشروط المفسدة للبيع ملحقة بالربا باعتبار وجود هذا الحد الذي ذكره في الربا.

وَلِهَذَا لا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الحُرِّ وَمُكَاتَبِ الغَيْرِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الأَجَلَ فِي حَقِّ المُكَاتَبِ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى الأَدَاءِ إِلَّا بِهِ فَأُعْطِيَ لَهُ حُكْمُ المَالِ، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّى لا تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ فَاعْتَدَلا فَلَا يَكُونُ رِبًا، وَلِأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ عَقْدٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ وَالأَجَلُ رِبًا مِنْ وَجْهٍ فَيَكُونُ شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ، بِخِلَافِ

قوله: وَلِهَذَا لا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الحُرِّ، بأن كان لرجل على حر دين مؤجل فصالحه على نصفه معجلًا لم يجز.

قوله: وَمُكَاتَبِ الغَيْرِ، وهو أن يكون لرجل على مكاتب الغير ألف إلى سنة، فصالحه على خمسمائة معجلة لا يجوز.

قوله: لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى الأَدَاءِ إِلَّا بِهِ، أي: بالأجل.

قوله: وَبَدَلُ الكِتَابَةِ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، يعني: ليس بمال من وجه آخر.

وقوله: حَتَّى لا تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ - نتيجة أنه ليس بمال من وجه - فَاعْتَدَلا فَلَا رِبًا؛ لوجود المساواة، إذ الربا هو الفضل الخالي عن العوض في عقود المعاوضة على ما ذكرنا، فلمَّا وجد الاعتدال في العوضين انتفى الربا لانعدام حده.

أو: لِأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ عَقْدٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، والربا إنما يجري في العقد من كل وجه كالبيع والإجارة.

أمَّا وجه عدم العقد في الكتابة فإن فيه معنى اليمين؛ لأنه تعليق للعتق بشرط الأداة؛ ولأنه شرع مع المنافي؛ لأن الأصل أن لا يجري العقد بين المولى وعبده؛ لأن معنى العقد هو أن يملك بعقده شيئًا لم يملكه قبل العقد، والعبد وما في يده لمولاه، فلا يتحقق بهذا العقد ما هو المقصود من العقد فلم يكن عقدًا، فلمَّا لم يكن عقدًا لا يجري فيه الربا؛ لأن الربا إنما يجري في العقود، وقد مرَّ في باب الربا قوله: وَلَا رِبَا بَيْنَ المَوْلَى وَعَبْدِهِ.

قوله: وَالأَجَلُ رِبًا مِنْ وَجْهٍ، أي: فضل من وجه دون وجه، وحكم الربا إنما يجري

العَقْدِ بَيْنَ الحُرَّيْنِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَكَانَ رِبًا وَالأَجَلُ فِيهِ شُبْهَةٌ.

في الفضل من كل وجه.

أمَّا وجه أنه ليس بفضل ظاهر؛ لأنه ليس بمال، ولا له حكم المال، وفضل الربا إنما يكون في المال، أو فيما له حكم المال.

وأمَّا وجه أنه فضل من وجه فإنه قد يزاد المال بزيادة الأجل، فلم يكن فضلًا من كل وجه فلا يكون فيه حكم الربا؛ لأنه ظهر النقصان في الموضعين، أعنِي: كونه عقدًا وكونه فضلًا، فلو كان النقصان في أحد الموضعين لكان شبهة، ولمَّا ظهر في الموضعين جميعًا فصار شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ.

أو يقول: إن الربا يقتضي المجانسة؛ إذ هي أحد وصفي الربا، ولا مجانسة بين خمسمائة وبين الأجل، والمال في عقد هو عَقْدٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، كان ذلك شُبْهَةَ الشُّبْهَةِ، فالمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها.

فإن قلتَ: فعلى قوله: **وَلِأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ عَقْدٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ**، لما أن ذلك عقد جرى بين المولى وعبده، ولا ربا بين المولى وعبده، يشكل ما ذكره في آخر صلح «المبسوط» من عدم جواز بيع المولى من مكاتبه درهمًا بدرهمين، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه ربًا.

قلتُ: ذاك في صريح الربا، والمكاتب كأجنبي من وجه، فيجري بينهما صريح الربا، فأمَّا هذا وهو حط بعض المال بمقابلة تعجيل المال ليس بصريح الربا، ولهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة في جوازه بين الحرين، فجوَّزه ابن عباس رضي الله عنهما، وأبطله زيد وابن عُمر رضي الله عنهم، وإنما فيه شبهة الربا فكان ضعيفًا فيما بين الحرين، فلهذا لم يظهر بين المولى والمكاتب، فكذلك لو كاتب المكاتبة ألف درهم فصالحه بزيادة على أن أخره سنة فهو جائز، ومثله لا يجوز بين الحرين؛ لأن زيادة المال بمقابلة زيادة الأجل، بمنزلة حط بعض الحال بمقابلة حط الأجل فيما بقي؛ وهذا لأن الكتابة عقد إرفاق، والمقصود اتصاله إلى العتق لا حقيقة المعاوضة، فلهذا أجري بينهما من التوسع فيما يؤدي إلى تحصيل هذا المقصود ما لا يجري بين الحرين، كذا في آخر صلح «المبسوط»، و«الجامع الصغير»

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المَرِيضُ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفَيْ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلُثَي الأَلْفَيْنِ حَالًا وَالبَاقِيَ إِلَى أَجَلِهِ أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلُثَي الأَلْفِ حَالًا وَالبَاقِيَ إِلَى أَجَلِهِ)؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ الزِّيَادَةَ بِأَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ فَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا خَالَعَ المَرِيضُ امْرَأَتَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ جَازَ، لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَلَهُمَا أَنَّ جَمِيعَ المُسَمَّى بَدَلُ الرَّقَبَةِ،

للمحبوبي رحمه الله.

قوله: وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ، أي: التأجيل؛ لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل، فكان لهم أن يردوا؛ لأنه بتأجيل المال أخَّر حق الورثة إلى مضي الأجل، وفيه ضرر عليهم، فلا يصح فيما هو من حقهم؛ لما أن ضرر التأجيل كضرر الإبطال، ألا ترى أن المريض إذا أجل دينًا له على أجنبي يعتبر من الثلث كما لو أبرأ، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلُثَي الأَلْفَيْنِ، وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم.

قوله: وَالبَاقِيَ إِلَى أَجَلِهِ، وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم.

قوله: لِأَنَّ لَهُ، أي: للمريض، يعني أن للمريض يجوز أن يترك تحصيل ما زاد على قيمة العبد، فيجوز له أيضًا أن يترك وصف ما زاد على القيمة، وهو التعجيل؛ لأنه لمَّا جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه بالطريق الأَوْلَى، ألا ترى أنه لو كاتبه على قدر قيمته يجوز، فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله وإنما تعتبر من ماله الألف، فلا يصح في ذلك تأجيله في ثلثي الألف ويصح في الزيادة، كما لو خالع امرأته على مال فإنه يصح تأجيله من جميع المال؛ لأن له أن يطلقها بدون المال.

وفي «المبسوط»: ومن أصل محمد أن ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنًا من أن لا يتملكه أصلًا، فإذا تملكه مؤجلًا لا يثبت للأولياء حق الاعتراض على أصله.

حَتَّى أُجْرِيَ عَلَيْهَا أَحْكَامُ الأَبْدَالِ وَحَقُّ الوَرَثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالمُبْدَلِ فَكَذَا بِالبَدَلِ، وَالتَّأْجِيلُ إسْقَاطٌ مَعْنًى فَيُعْتَبَرُ مِنْ ثُلُثِ الجَمِيعِ، بِخِلَافِ الخُلْعِ لِأَنَّ البَدَلَ فِيهِ لا يُقَابِلُ المَالَ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّ الوَرَثَةِ بِالمُبْدَلِ فَلا يَتَعَلَّقُ بِالبَدَلِ، وَنَظِيرُ هَذَا إذَا بَاعَ المَرِيضُ دَارَهُ بِثَلاثَةِ آلافٍ إلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ فَعِنْدَهُمَا يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدِّ ثُلُثَيْ جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالًا وَالثُّلُثَ إلَى أَجَلِهِ وَإِلَّا فَانْقُضِ البَيْعَ، وَعِنْدَهُ يُعْتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدْرِ القِيمَةِ لا فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ المَعْنَى.

قوله: حَتَّى أُجْرِيَ عَلَيْهَا أَحْكَامُ الأَبْدَالِ، من حق الأخذ بالشفعة، وجريان بيع المرابحة، وحق الحبس في المطالبة، بيان ذلك أن رجلًا إذا باع دارًا قيمتها ألف بألفين، فإن الشفيع يأخذ الدار بجميع المسمى وهو الألفان لا بالقيمة، وكذلك لو باعها المشتري مرابحة يبيعها مرابحة على ألفين، ولو أدى المشتري ألفاً وماطَله في الألف الأخرى كان للبائع أن يحبسه.

قوله: وَحَقُّ الوَرَثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالمُبْدَلِ فَكَذَا بِالبَدَلِ؛ وذلك لأن بدل الكتابة قوبل بمال متقوم، فلذلك كان لحكم البدل حكم المبدل في تعلق حق الورثة، ويصير كأن قيمته كانت ألفي درهم، فلا يصح تأجيله إلا في ثلث الألفين.

قوله: بِخِلَافِ - بدل - الخُلْعِ؛ لأنه قوبل بما ليس بمال فلا يتعلق به حق الورثة.

قوله: فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّ الوَرَثَةِ بِالمُبْدَلِ، وهو منفعة البضع.

قوله: وَنَظِيرُ هَذَا إذَا بَاعَ المَرِيضُ دَارَهُ، إلى آخره، أي: أصل اختلافهم هذا في مريض باع دارًا قيمتها ألف بِثَلاثَةِ آلافٍ إلَى سَنَةٍ، إلى آخره.

قوله: وَعِنْدَهُ يُعْتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدْرِ القِيمَةِ، أي يقال للمشتري: إما أن تعجل ثلثي القيمة وهي الألف حالًا، وَإِلَّا فَانْقُضِ البَيْعَ.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا مِنَ المَعْنَى، أراد به ما ذكره من الدليل في الطرفين بقوله: لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ يُقَالُ لَهُ أَدِّ ثُلُثَيِ القِيمَةِ حَالًا أَوْ تُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ المُحَابَاةَ هَاهُنَا فِي القَدْرِ وَالتَّأْخِيرِ فَاعْتُبِرَ الثُّلُثُ فِيهِمَا.

الزِّيَادَةَ، إلى آخره.

قوله: أَدِّ ثُلُثَيِ القِيمَةِ حَالًا أَوْ تُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، والفرق لمحمد رحمه الله بين المسألة الأولى وبين هذه المسألة أن الزيادة في المسألة الأولى على القيمة كانت حق المريض، حتى كان يملك إسقاطها، فكذا كان يملك تأجيلها، وأمَّا هاهنا فوقعت الكتابة على أقل من قيمته، فلا يملك إسقاط ثلثي القيمة فكذا لا يملك تأجيله.

قوله: لِأَنَّ المُحَابَاةَ هَاهُنَا فِي القَدْرِ - وهو إسقاط ألف درهم - وَالتَّأْخِيرِ - وهو تأجيل ألف أخرى - فَاعْتُبِرَ الثُّلُثُ فِيهِمَا، أي: يصح تصرف المريض في ثلث قيمته وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم في حق الإسقاط وفي حق التأخير، لكنه لمَّا سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً، ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير، فلذلك كان للورثة حق مطالبة ثلثي القيمة وهو ما ذكرناه حالًا.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في هذه الصورة: لأن المحاباة هنا في القدر والتأجيل؛ لأنه تبرع بإسقاط أحد الألفين وتأخير الألف الأخرى، فيصح في الثلث ويبطل في الزيادة، هذا كله من «الجامع الصَّغير» لقاضي خان رحمه الله، والله تعالى أعلم.

بَابُ مَنْ يُكَاتِبُ عَنِ العَبْدِ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ الحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّى عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ العَبْدُ فَقَبِلَ فَهُوَ مُكَاتَبٌ) وَصُورَةُ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الحُرُّ لِمَوْلَى العَبْدِ كَاتِبْ عَبْدَك عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي إنْ أَدَّيْتُ إلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ المَوْلَى عَلَى هَذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ،

باب من يكاتب عن العبد

لمَّا فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصيل في الكتابة، ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصيل؛ لأن الأصل هو أن يتصرف المرءُ لنفسه.

قوله: وَإِذَا كَاتَبَ الحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، أي: قبل الحر الأجنبي عقد الكتابة لمولى العبد عن عبده فضوليًّا.

قوله: وَصُورَةُ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الحُرُّ لِمَوْلَى العَبْدِ، إلى آخره، وقيَّد بالحر للاحتراز عن المسألة التي تليها، وهي **قوله:** وَإِذَا كَاتَبَ العَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ، أو لإثبات حكم التبرع في العبد القابل بالطريق الأولى، يعني: أن قبول الحر بدل الكتابة **بقوله:** عَلَى أَنِّي إنْ أَدَّيْتُ إلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ، تبرع على ما ذكر في الكتاب، فأوْلَى أن يكون قبول العبد عن عبد آخر بدل الكتابة تبرعًا بالطريق الأوْلَى.

قوله: فَكَاتَبَهُ المَوْلَى عَلَى هَذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ - أي: بأداء القابل - بِحُكْمِ الشَّرْطِ، يعني: أن هذه الكتابة نافذة في حق ما يجب للعبد بالكتابة، وهو حرمة البيع، ونفوذ عتقه، بأداء هذا

وَإِذَا قَبِلَ العَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ كَانَتْ مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَتِهِ وَقَبُولُهُ إِجَازَةٌ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَّيت إِلَيْك أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَأَدَّى لا يُعْتَقُ قِيَاسًا؛ لِأَنَّهُ لا شَرْطَ وَالعَقْدُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ العَبْدِ. وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يُعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ لا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الغَائِبِ فِي تَعْلِيقِ العِتْقِ بِأَدَاءِ القَابِلِ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ لُزُومِ الأَلْفِ عَلَى العَبْدِ. وَقِيلَ هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ.

القابل، وموقوفة على إجازة العبد في حق لزوم البدل.

قوله: وَإِذَا قَبِلَ العَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا، فإن قال العبد: لا أقبله، ثم أدَّى القابل الألف لم يعتق؛ لأنه ارتد العقد برده، كذا رُوي عن محمد رحمه الله، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: لِأَنَّ الكِتَابَةَ كَانَتْ مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَتِهِ، أي: إجازة العبد؛ لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة، كالفضولي إذا قبل عقد النكاح للغائب، فإذا قبل كان مكاتبًا؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو وكله العبد بذلك نفذ عقدُه عليه، فكذلك إذا أجاز بعد العقد؛ وهذا لأن بدل الكتابة لا يجب في ذمة القابل؛ لأنه جعل نفسه معبِّرًا عن العبد، فإنه أضاف العقد إليه فقال للمولى: كاتبه؛ ولأنه لم يضمن البدل، ولو ضمنه لم يلزم، فإن كفالة الحر ببدل الكتابة باطل، فبدون الضمان كيف يلزمه، وإذا لم يلزمه البدل لا يمكن إلزامه العبد قبل قبوله فيتوقف على قبوله، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ لا شَرْطَ، هاهُنا حتى يعتق بوجود الشرط.

قوله: فِي تَعْلِيقِ العِتْقِ - أي: في توقف العتق - بِأَدَاءِ القَابِلِ، أي: لعقد الكتابة.

قوله: وَقِيلَ هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ، يعني: هي الصورة التي لم يقل فيها: عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين البيع؛ فإن في البيع يتوقف العقد على إجازة المجيز

(وَلَوْ أَدَّى الحُرُّ البَدَلَ لا يَرْجِعُ عَلَى العَبْدِ)؛ لِأَنَّهُ مُتبرِّعٌ.

فيما له وفيما عليه، وهاهنا لا يتوقف فيما له، وإنما يتوقف فيما عليه؟

قلتُ: لأن هاهنا يملك المولى إيجاب ما يثبت له بعقد الكتابة وهو العتق بغير رضاه، والأجنبي كذلك يملك إيجاب الحرية للمكاتب بأن يؤدي بدل كتابته فيعتق بأدائه، فلذلك اعتبر قبول الأجنبي هاهنا فيما له إن لم يعتبر فيما عليه، فلمَّا اعتبر فيما يجب له عتق بأدائه، بخلاف البيع، فإن القول بالنفاذ فيما يجب له دون ما يجب عليه غير ممكن؛ لأنه معاوضة من كل وجه، فيقتضي المساواة من الجانبين، فلذلك توقف هناك فيما له وفيما عليه، وكذلك لو قال في صورة المسألة: كاتب عبدك عنِي بألف درهم، فكاتبه تصح الكتابة ويقع العتق عن المأمور في هذه الصور كلها.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين قوله: أعتق عبدك عنِي بألف درهم، فأعتقه فإن هناك يقع العتق عن الآمر، وهاهنا تقع الكتابة عن المأمور؟

قلتُ: وجه الفرق يجيء بُعيد هذا في تقرير هذه المسألة.

قولـه: لِأَنَّهُ مُتبرِّعٌ؛ لأنه لم يأمره بالأداء، ولا هو مضطر في أدائه، وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى؟ قلنا: إن أدَّاه بحكم الضمان وهو أن يقول: كاتب عبدك على ألف درهم على أنِي ضامن، يرجع عليه؛ لأنه أدى بضمان فاسد، فإن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح، وإن أدى بغير ضمان لا يرجع؛ لأنه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد فلا يرجع، كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري وتمَّ تبرعه، وهذا إذا أدى كل بدل الكتابة، وإن أدى البعض له أن يرجع سواء أدى بضمان أو بغير ضمان، إن أدى بضمان فلما مرَّ، وإن أدى بغير ضمان فكذلك؛ لأنه لم يحصل غرضه وهو العتق، فكان حكم الأداء موقوفاً فيرجع، كمن تبرع بأداء الثمن في بيع موقوف كان له أن يسترد من البائع لهذا المعنى، بخلاف ما لو قبل العبد الكتابة ثم تبرع إنسان عنه ببعض بدل الكتابة حيث لا يرجع؛ لأن ثمَّة حصل مقصود آخر، وهو براءة ذمة المكاتب عن بعض البدل، وهاهنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى يبرأ بأدائه.

هذا إذا أراد أن يرجع قبل إجازة العبد، وإن أجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم أراد الحر

....

أن يرجع بما أدى، إن أدى بحكم الضمان يرجع، وإن أدى بغير ضمان لا يرجع، سواء أدى الكل أو البعض؛ لأنه متى أجاز نفذت الكتابة من الابتداء، فوقع الأداء مبرئـًا ذمة المكاتب عن بدل الكتابة، فيحصل مقصود المتبرع فلا يرجع، هذا إذا قال الحر للمولى: كاتب عبدك على ألف عليَّ، وإن قال: أعتقه بألف، فهو على أربعة أوجه:

(١) إما أن يقول: أعتق عبدك بألف درهم، ولم يزد (٢) أو يقول: أعتق عبدك عنِي بألف درهم (٣) أو يقول: أعتق عبدك بألف درهم عليَّ (٤) أو يقول: أعتق عبدك عن نفسك بألف درهم عليَّ.

(١) ففي الأول: لا يجب على الفضولي شيءٌ إذا أعتقه، ولو أدى له أن يسترد، ولو استهلكه كان له أن يضمنه؛ لأن الأمر بالإعتاق متردد بين أن يقع عن المأمور أو عن الآمر، ووقوعه عن المالك أصل وعن غيره عارض، وإذا وقع العتق عن المأمور لم يجب المال على الآمر؛ لأن الولاء يثبت للمعتق فهو المنتفع بملك نفسه، فلا يستوجب البدل على غيره.

(٢) وفي الوجه الثانِي: إذا أعتقه المأمور يقع العتق عن الآمر ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة استحسانـًا، كأنه قال للمولى: بعه منِّي بألف ثم كن وكيلي بإعتاقه، بخلاف ما لو قال: كاتب عبدك عنِّي بألف درهم، وكاتب فإن الكتابة لا تقع عن الآمر، ولا يثبت البيع بسبب هذا الأمر، والفرق أن العتق أقوى من الملك، من حيث أن الملك يحتمل النقض بعد ثبوته والعتق لا يحتمل، فأمكن إثبات الملك تبعًا للعتق؛ لأن الأعلى يستتبع الأدنى، فأمَّا الملك والكتابة فيستويان من حيث أن كل واحد منهما يحتمل النقض بعد ثبوته، ثم الملك يترجح عليه؛ لأنه يملك بحقيقة الملك من التصرف ما لا يملك بالكتابة، فكان الملك فوق الكتابة، ومن ضرورته تعذر إثبات الملك للآمر تبعًا للكتابة؛ لأن الأدنى لا يستتبع الأعلى.

(٣) وفي الوجه الثالث ذكر شمس الأئمة السرخسي، والصدر الشهيد رحمهما الله في شرح العتاق من هذا الكتاب: أن رجلًا لو قال لغيره: أعتق أمتك على ألف درهم عليَّ، فأعتقها لم يلزمه شيء من المال؛ لأن الولاء يثبت للمأمور فهو المنتفع بملكه، فلا يستوجب البدل على غيره، بخلاف ما لو قال لزوج المرأة: طلِّق امرأتك على ألف درهم عليَّ؛ لأنه

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ العَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَائِبٌ، فَإِنْ أَدَّى الشَّاهِدُ أَوِ الغَائِبُ عَتَقَا) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ العَبْدُ كَاتِبْنِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى نَفْسِي وَعَلَى فُلَانٍ الغَائِبِ، وَهَذِهِ كِتَابَةٌ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ: يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهَا وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الغَائِبِ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ عَلَيْهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الحَاضِرَ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى نَفْسِهِ ابْتِدَاءً جَعَلَ نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلًا وَالغَائِبُ تَبَعًا، وَالكِتَابَةُ عَلَى هَذَا

لا منفعة للزوج في إيقاع الطلاق، بل هو مبطل لملكه بعوض إلتزمه غيره نصًّا.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن المال يلزم الآمر بالإعتاق ويقع العتق عنه؛ لأن قوله: عليَّ، إيجاب ضمان على نفسه، ولا صحة له إلا بعد وقوع العتق عن الآمر، فإن العتق إذا وقع عن المأمور لا يجب شيء على الآمر، فيثبت الأمر بالعتق عن نفسه بمقتضى صحة إيجاب الضمان عليه، ويصير كأنه قال: أعتق عبدك عنِّي بألف درهم.

(٤) وفي الوجه الرابع: لا يلزمه المال إذا أعتق، وللآمر أن يسترده إذا أداه إليه، كقوله: كل طعامك بعوض يجب عليَّ، بخلاف قوله: طلق امرأتك عن نفسك بألف عليَّ، حيث يلزمه الألف إذا طلق، والفرق ما مرَّ، هذا كله ممَّا ذكر في «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله، محالًا إلى «الجامع الكبير»، و«مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَإِذَا كَاتَبَ العَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ، أي: قبل العبد عقد الكتابة من مولاه عن نفسه.

قوله: وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الغَائِبِ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ عَلَيْهِ - كما لو جمع بين عبده وعبد غيره وباعهما من رجل - وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أنه أمكن تنفيذ تصرفه في حق الغائب، بأن يجعل عتق الغائب معلقًا بأداء الحاضر، كما لو كاتب الحاضر بألف ثم قال له: إن أدَّيتها ففلان الآخر حر، وأنه لا يتوقف على إجازة الغائب، فكذلك هاهنا إذا نفذ لا يتوقف على قبول الغائب، ولا يؤخذ من الغائب بشيء من بدل الكتابة، ولو رد الكتابة أو أجازه لا يعتبر، ولو اكتسب مالًا ليس للمولى أن يأخذه من يده، وليس للمولى أن يبيعه من غيره، ولو أبرأه المولى، أو وهبه بدل الكتابة لا يصح؛ إذ ليس عليه شيء من البدل، ولو أبرأ الحاضر عن البدل، أو وهبه

الوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ كَالأَمَةِ إِذَا كُوتِبَتْ دَخَلَ أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّى عَتَقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِنَ البَدَلِ شَيْءٌ وَإِذَا أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الحَاضِرُ

له عتقا جميعًا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله وغيره.

قوله: كَالأَمَةِ إِذَا كُوتِبَتْ دَخَلَ أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا، فإن قلتَ: قد ظهر الفرق بين العبد الغائب في مسألتنا، وبين أولاد الأمة التي كوتبت في مسألتين:

إحداهما: أن المولى إذا أعتق العبد الغائب بطلت حصته من المكاتَبةِ، ويجب على الحاضر حصته لا غير، وأمَّا الولد المولود في الكتابة إذا أعتقه المولى لا يسقط شيء من البدل.

والثانية: أن المولى إذا أعتق العبد الحاضر نفذ عقته، وبطلت عنه الكتابة ولا يعتق العبد الغائب، وأمَّا الولد المولود في الكتابة فيعتق عند إعتاق المكاتب، فيجب أن يظهر الفرق بينهما في مسألتنا أيضًا، وهو أن لا يكون العبد الغائب مكاتبًا بطريق التبعية بمكاتبة العبد الحاضر.

قلتُ: أمَّا في المسألة الأولى إنما لم يسقط شيء من بدل الكتابة عند إعتاق الولد المولود في الكتابة؛ لأن الولد هناك لم يكن مقصودًا بعقد الكتابة، فإنه لم يكن موجودًا وقت العقد بل دخل فيها تبعًا، فلا يسقط بفواته شيءٌ من البدل، والعبد الغائب مقصود بالعقد كالحاضر، وقد استفاد الحرية لا بجهة الكتابة فينقسم البدل، وحاصله أن العبد الغائب تبع من وجه من حيث أنه لا ضرر على الغائب في انعقاد العقد في حقه كما انعقد في حق الحاضر، وأصل من وجه من حيث أن عقد الكتابة أضيف إليهما مقصودًا بقوله: كاتبني بألف درهم على نفسي، وعلى فلان الغائب، فكان بدل الكتابة منقسمًا عليهما في أصل العقد، فلذلك سقطت حصته من المكاتبة، ووجبَ على الحاضر حصته لا غير، لكن الغائب لا يؤاخذ به؛ لأنه لم يوجد منه القبول.

وأمَّا الولد المولود في الكتابة فتبع من كل وجه، فلا يسقط شيءٌ من البدل بفوات البيع، وهذا هو الجواب عن المسألة الثانية، فإن الولد المولود في الكتابة لمَّا كان تبعًا للمكاتب من كل وجه، لم يسقط من الأمة المكاتبة شيءٌ من بدل الكتابة بإعتاق الولد؛ لأن الإبدال لا يقابل الإتباع، وكذلك يعتق الولد عند إعتاق المكاتب تحقيقًا للتبعية.

فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ الْبَدَلِ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ عَلَيْهِ لِكَوْنِهِ أَصْلًا فِيهِ، وَلا يَكُونُ عَلَى الغَائِبِ مِنَ البَدَلِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ فِيهِ.

قَالَ: (وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا وَيُجْبَرُ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ) أَمَّا الحَاضِرُ فَلِأَنَّ البَدَلَ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الغَائِبُ فَلِأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ البَدَلُ عَلَيْهِ، وَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ

وأمَّا دخول العبد الغائب في كتابة الحاضر، فلما ذكرنا أنه لا ضرر عليه في دخوله في عقد الكتابة بهذا الطريق الذي قلنا، فيدخل من غير لزوم بدل الكتابة عليه، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ البَدَلِ، أي: فللمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل.

قوله: وَيُجْبَرُ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ، هذا جواب الاستحسان، وأمَّا في القياس فللمولى أن لا يقبل؛ لأنه متبرع غير مطالب بشيء من البدل؛ ولأن البدل يسقط بموت من عليه حين لم يترك وفاءً، وانفسخ العقد فبقي الغائب عبدًا قنًّا للمولى، ولكنه استحسن فقال: ليس للمولى أن لا يقبل منه فيعتقان جميعًا بأداء هذا الغائب؛ لأن حكم العقد ثبتَ في حق الغائب فيما لا يضر به، لكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر، كذا في «المبسوط».

قوله: وَأَمَّا الغَائِبُ فَلِأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ؛ ولأن الكتابة نفذت في حق الغائب على جواب الاستحسان، فيعتبر نافذة في حق غير المولى أيضًا، إلا أنه يقبل منه المال حالًا، ولا يمكن من السعاية على نجوم الحاضر، نصَّ عليه محمد رحمه الله في رواية المكاتب؛ وذلك لأن الأجل كان ثابتًا للحاضر حقًّا للحاضر، فلا يثبت حقًّا لغيره، كمن اشترى دارًا بثمن مؤجل ثم أراد الشفيع أن يأخذها فإنه يأخذها بثمن حال؛ وهذا لأن الأجل وصف للدين إنما يثبت فيما يثبت فيه الدين مؤجلًا، وليس في ذمة الغائب دين فلا يثبت الأجل في حقه أيضًا، كذا ذكره الإمام المحقق المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، صورته: استعار رجل عينًا من آخر ليرهنه بدين عليه لرجل فأخذه ورهنه، ثمَّ احتاج المعير إلى استخلاص عينه والمستعير لا يستخلص، فأدَّى المعير

إذَا أَدَّى الدَّيْنَ يُجْبَرُ المُرْتَهِنُ عَلَى القَبُولِ لِحَاجَتِهِ إلَى اسْتِخْلَاصِ عَيْنِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ عَلَيْهِ. قَالَ: (وَأَيُّهُمَا أَدَّى لا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ)؛ لِأَنَّ الحَاضِرَ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ وَالغَائِبُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الغَائِبَ بِشَيْءٍ) لِمَا بَيَّنَّا (فَإِنْ قَبِلَ العَبْدُ الغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ، وَالكِتَابَةُ لازِمَةٌ لِلشَّاهِدِ)؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ الغَائِبِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ، كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ لا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ، حَتَّى لَوْ أَدَّى لا يُرْجَعُ عَلَيْهِ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَتِ الأَمَةُ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنِ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَأَيُّهُمْ أَدَّى لَمْ

دين المستعير ليأخذ عينه، فإن المعير يرجع على المستعير بذلك الدين الذي أدَّاه إلى المرتهن لأجله، وإن لم يأمره المستعير بأداء الدين فلا يكون المعير متبرعـًا بما أدَّى؛ لأنه مضطر إلى أدائه ليصل إلى عينه، ولم يكن ذلك إلا بأداء الدين فلذلك يرجع على المستعير بما أدَّى، وَيُجْبَرُ المُرْتَهِنُ عَلَى القَبُولِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ عَلَى المعير، فكذلك هاهنا يجبر المولى على القبول وإن لم يكن على الغائب دينٌ.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: أنه يجبر على القبول ولا يكون أجنبيًّا، كولد المكاتب إذا أدَّى بدل الكتابة يجبر على القبول.

قوله: فَإِنْ قَبِلَ العَبْدُ الغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ، أي: لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه؛ لأنه ليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء أجاز الغائب أو لم يجز، وكذلك رده لا يؤثر في حق رد عقد الكتابة عن الحاضر، بل عقد الكتابة لازم للحاضر وإن ردَّه الغائب.

قوله: وَإِذَا كَاتَبَتِ الأَمَةُ عَنْ نَفْسِهَا - أي: قبلت عقد الكتابة عن نفسها - وَعَنِ ابْنَيْنِ

يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ وَيُجْبَرُ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ وَيُعْتَقُونَ)؛ لِأَنَّهَا جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَصْلًا فِي الكِتَابَةِ وَأَوْلَادَهَا تَبَعًا عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى،

صَغِيرَيْنِ لَهَا، والحكم في العبد كذلك، وليس في وضع المسألة في الأمة فائدة سوى ما ذكره الفقيه أبو جعفر رحمه الله في «كشف الغوامض» بقوله: إن لهذه الرواية، أي: رواية «الجامع الصغير» من الفائدة ما ليس في مكاتب «المبسوط»، فإن هناك وضع المسألة فيمن كاتبَ عبده على نفسه وأولاده الصغار، فلولا رواية «الجامع الصغير» لكان لقائل أن يقول: للأب على الصغير من الولاية ما ليس للأم، فرواية «الجامع» تبين أن ذلك كله سواء.

قوله: وَعَنِ ابْنَيْنِ صَغِيرَيْنِ لَهَا، وإنما قيَّد بالصغير ليثبت الجواز على الإطلاق على القياس والاستحسان، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله، ولكن ما ذكره في «الجامع الصغير» لقاضي خان يدل على أن انعقاد عقد الكتابة في حق الولدين الصغيرين جواب الاستحسان، لا جواب القياس، كما في المسألة الأولى.

ثمَّ فائدة وضع المسألة في الصغيرين دون الصغير هيَ ترتب ما ذكره من الجواب بقوله: وَأَيُّهُمْ أَدَّى لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ.

قوله: وَيُعْتَقُونَ؛ لأنه لولا هذا الوضع كان لقائل أن يقول في مثل هذا الوضع: إذا أدَّى أحد الابنين ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر؛ لأنه لا إصالة بينهما ولا تبعية، بخلاف الأمة وابنها، فإن أداء الأم كأداء ابنها بطريق أن الأمة مستتبعة، وكذلك أداء الابن كأداء أمه؛ لأنه لمَّا دخل في كتابتها بطريق التبعية صار أداء التبع كأداء الأصل.

وأمَّا أداء هذا الابن ليس كأداء أخيه؛ لما أنه لا تبعية بينهما، ولهذا وضع هذه المسألة في «المبسوط» في الأولاد الصغار، ليفيد هذه الفائدة، ولكن اختار في «الجامع الصغير» لفظ التثنية؛ لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى، وهي قوله: وَإِذَا كَاتَبَ العَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَائِبٌ، إلى آخره.

وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ.

قوله: وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ، أي: لمَّا جاز مثل هذا العقد في حق الأجنبي على ما ذكر في المسألة الأولى، فأَوْلَى أن يجوز عقد الأمة في حق ولدها؛ لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ كِتَابَةِ العَبْدِ المُشْتَرَكِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَيَقْبِضَ بَدَلَ الكِتَابَةِ فَكَاتَبَ وَقَبَضَ بَعْضَ الألْفِ ثُمَّ عَجَزَ فَالمَالُ لِلَّذِي قَبَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا وَمَا أَدَّى فَهُوَ بَيْنَهُمَا) وَأَصْلُهُ أَنَّ الكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهَا تُفِيدُ الحُرِّيَّةَ مِنْ وَجْهٍ فَتَقْتَصِرُ

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة رجلين بعد كتابة رجل؛ لأن الاثنين بعد الواحد.

قوله: أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ، أي: نصيب المأذون.

قوله: وَأَصْلُهُ أَنَّ الكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، أي: أصل **قوله:** إن المَالَ الَّذِي قَبَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وعندهما هو بينهما؛ وذلك لأنه لمَّا كان لا تتجزأ الكتابة عندهما كان بكتابة أحدهما نصيبه كان كله مكاتبًا، والإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل، فيصير البدل لهما جميعًا، كما لو كاتباه جميعًا يكون مكاتبًا بينهما، ثمَّ لو عجز وفي يده إكساب كانت الإكساب بينهما، فكذا هاهنا.

ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن الكتابة تتجزأ كالإعتاق، فإذا كاتب أحدهما اقتصرت الكتابة على نصيب المكاتب وليس للآخر حق النقض؛ لأنه فعل بإذنه، والإذن بالقبض إذن للمكاتب بالأداء، فيصير الشريك بالإذن متبرعًا بنصيبه من الكسب من المكاتب، فيصير المكاتب أحق به، فإذا أدى يختص به القابض.

عَلَى نَصِيبِهِ عِنْدَهُ لِلتَّجَزُّؤِ، وَفَائِدَةُ الإِذْنِ أَنْ لا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ كَمَا يَكُونُ لَهُ

أو نقول: لمَّا أذن أحدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبًا وبقي نصيب الآذن عبدًا كما كان، فحين اكتسب كان هذا كسب مملوكٍ بعضه مكاتب وبعضه عبد، فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب، وما كان من كسب العبد فهو لمولاه، فمتى أذن الذي لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له، فيصير الآذن متبرعـًا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثمَّ على الشريك، وإذا تمَّ تبرعُهُ بقبض الشريك لم يرجع، ويصير بمنزلة ما لو وهب من مكاتبه شيئـًا ثم المكاتب ملكه من غيره بعوض وعجز.

فإن قيل: المتبرع له أن يرجع بما تبرع به إذا لم يحصل مقصوده من التبرع، كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري، ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق يرجع بما تبرع به؛ لأن المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل، وكذا لو تبرع بالمهر عن الزوج ثمَّ جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به؛ لأن مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل، فهاهنا أيضـًا مقصود الإذن بالتبرع أن تسلم للمكاتب رقبته بالعتق ولم يحصل بالعجز، فينبغي أن يرجع.

قلنا: المتبرع عليه هاهنا هو المكاتب من وجه، من حيث أن مقصود الإذن عتقه وبعد العجز صار موقوفًا له من كل وجه، والمولى لا يستوجب على عبده دينًا ولا عينًا، خصوصًا إذا خرج عن يده بالتسليم إلى المكاتب، بخلاف الزوجة والبائع؛ لأن ذمتهما محل صالح لوجوب دين المتبرع، فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده، كذا ذكره الإمام المحبوبي، وقاضي خان رحمهما الله.

قوله: وَفَائِدَةُ الإِذْنِ أَنْ لا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ، وإنما ذكر هذا لئلا يتوهم أن ما ذكره في صورة المسألة بقوله: وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ، في حق جواز كتابة نصيبه من العبد، وليس كذلك، فإن أحد الشريكين لو كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه صحت الكتابة ونفذت بالإجماع، لكن عند أبي حنيفة رحمه الله مقتصرًا

إِذَا لَمْ يَأْذَنْ، وَإِذْنُهُ لَهُ بِقَبْضِ البَدَلِ إِذْنٌ لِلْعَبْدِ بِالأَدَاءِ فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ عَلَيْهِ

في نصيبه، وعندهما في الكل؛ وذلك لأن الكتابة إمَّا معاوضة، أو تعليق، وأيّ الأمرين اعتبرنا يصح في نصيبه وإن كان بغير إذن شريكه، فإنه لو باع أحدهما نصيبه، أو أعتق، أو دبر، أو علق عتق نصيبه بأداء المال ليس للساكت أن يفسخه.

فإن قلتَ: وردت هاهنا حينئذٍ شبهة على هذا الأصل ورودًا ظاهرًا، وهي أن الكتابة إمَّا أن يعتبر فيها معنى المعاوضة، أو معنى الإعتاق، أو معنى تعليق العتق بأداء المال، فلو وجد شيء من هذه التصرفات من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ، فمن أين تثبت ولاية الفسخ هاهنا إذا وجدت الكتابة من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه للشريك الساكت، مع أن عقد الكتابة لا يخلو من أحد هذه الأشياء.

قلتُ: لمعنى فقهي اختص ذلك بالكتابة دون سائر التصرفات؛ وذلك لأن المكاتب بكتابة نصيب نفسه وإن تصرف في خالص ملكه إلا أنه ألحق لشريكه الساكت ضررًا، فإن بسبب كتابته يبطل على الساكت حق البيع في نصيبه؛ لأن نصيب المكاتب بالكتابة صار حرًّا يدًا للحال، وحرية اليد مانعة جواز البيع كحرية الرقبة، فكان إضرارًا بالساكت، والكتابة قابلة للفسخ، وكل تصرف صدر من المالك وقد وقع إضرارًا بالغير وإنه محل الفسخ كان لمن توجه عليه الضرر فسخه، ألا ترى أن المرأةَ إذا زوجت نفسها من غير كفؤ كان للأولياء حق الاعتراض، وإن تصرفت في خالص ملكها؛ لأنها ألحقت بما تصرفت ضررًا بالأولياء فكذا هنا بل أَوْلَى؛ لأن الكتابة أقبل للفسخ من النكاح، فإن النكاح لا يفسخ إلا بقصور في ولاية العاقد، والكتابة تفسخ بتراضيهما من غير قصور في ولاية العاقد.

وليس هذا كمن باع أحدهما نصيبه؛ لأنه ليس في بيع أحدهما نصيبه ضرر على صاحبه؛ لأن بسبب هذا البيع لا يبطل على صاحبه حق البيع في نصيبه، حتى أن في أيّ موضع كان في بيع أحدهما نصيبه ضرر على صاحبه كان لصاحبه حق فسخ بيعه، فإن الدار إذا كانت بين اثنين باع أحدهما نصف بيت معلوم من رجل كان للآخر حق الفسخ، حتى لا يتفرق نصيبه في الدار زيادة تفرق.

وليس كما لو أعتق أحدهما نصيبه أو دبَّره؛ لأن كل واحد منهما لا يقبل الفسخ، وليس

فَلِهَذَا كَانَ كُلُّ المَقْبُوضِ لَهُ. وَعِنْدَهُمَا الإِذْنُ بِكِتَابَةِ نَصِيبِهِ إِذْنٌ بِكِتَابَةِ الكُلِّ لِعَدَمِ

كما لو علق نصيبه بأداء المال؛ لأنه لا يحتمل الفسخ؛ لأنه يمين، وحاصله أن عدم ولاية الفسخ لتصرف أحد الشريكين إنما يحصل بأحد شيئين: إمَّا بانعدام الضرر عن الشريك الساكت كما في البيع، أو بأن تصرفه ممَّا لا يقبل الفسخ، وإن كان فيه ضرر للساكت كما في الإعتاق، فاجتمع في عقد الكتابة ما يجوز الفسخ وهو تحقق الضرر مع كونه قابلًا للفسخ، فيفسخ الساكت لذلك إذا وجد بغير إذنه، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الذخيرة».

هذا الذي ذكرنا فيما إذا كاتب أحد الشريكين، وأمَّا إذا كاتب الشريكان عبدهما مكاتبة واحدة، فأدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يؤد جميع المكاتبة إليهما؛ لأن عقد الكتابة واحد في حق المكاتب، فلا يعتق شيء منه بأداء البعض من البدل كما لو كان لرجل واحد دين؛ وهذا لأن المقبوض غير سالم للقابض بل لشريكه أن يستوفي منه نصفه؛ لأنه مال وجب لهما بسبب واحدٍ عوضًا عما هو مشترك بينهما، فكان أداؤه إلى أحدهما كأدائه إليهما، وإن أعتقه أحدهما جاز؛ لأنه مالك نصيبه متمكن من إعتاقه بعد الكتابة، كما كان متمكناً منه قبل ذلك، وكذلك إذا وهب له نصيبه من المكاتبة، أو أبرأه منه عتق؛ لأنه لو كان مالكاً لجميعه كان معتقًا له بإبرائه عن جميع البدل، فكذلك إذا كان مالكاً لنصفه كان معتقًا لنصيبه بإبرائه إيَّاه عن حصته من البدل، بمنزلة ما لو قال: أنت حر، بخلاف ما لو استوفى نصيبه؛ وهذا لأن ما أسقطَه بالهبة والإبراء نصيبُه خاصة، فيعتق لبراءة ذمة المكاتب عن نصيبه، فأمَّا المستوفي فليس بنصيبه خاصة، حتى كان لشريكه أن يشاركه فلا تتم براءة ذمته عن نصيبه بهذا الاستيفاء، وكذلك إن سلم الشريك للقابض ما قبض، أو كان قبض نصيبه بإذن شريكه؛ لأنه لا يتم سلامة المقبوض له بهذا أيضاً، حتى لو عجز الغلام كان المأخوذ بينهما.

ثم المكاتب بالخيار بعد إعتاق أحدهما أيَّاه إن شاء عجز، ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله، وبين العتق والسعاية إن كان المعتق معسرًا؛ لأن بتعجيزه نفسه انفسخت الكتابة، فكان حكمه حكم عبد مشترك بين اثنين يعتقه أحدهما، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يضمن المعتق إن كان موسرًا، أو يسعى العبد في نصف قيمته إن كان معسرًا كما هو مذهبه في العبد المشترك، وعلى قول محمد

التَّجَزُّؤِ، فَهُوَ أَصِيلٌ فِي النِّصْفِ وَكِيلٌ فِي النِّصْفِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَالمَقْبُوضُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَيَبْقَى كَذَلِكَ بَعْدَ العَجْزِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثُمَّ وَطِئَهَا الآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثُمَّ عَجَزَتْ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ المِلْكِ لَهُ فِيهَا وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّ المُكَاتَبَةَ لا تَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ فَتَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الوَلَدِ عَلَى نَصِيبِهِ كَمَا فِي المُدَبَّرَةِ

رحمه الله يضمن الأقل من نصف القيمة، ونصف ما بقي من المكاتبة، وكذلك يسعى العبد في الأقل عند عسرة المعتق، كذا في «المبسوط».

قوله: فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، أي: صحت دعوته ويثبت النسب.

قوله: ثُمَّ وَطِئَهَا الآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، أي: صحت دعوته أيضاً، وثبتَ النسب كما في المدبرة فإنه يقتصر أمومية الولد في المدبَّرة المشتركة على نصيبه بالإجماع.

قوله: صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ ظَاهِرًا، قيَّد بقوله: ظَاهِرًا؛ لأنه بالنظر إلى بقاء الكتابة ملك الثانِي باق فيها، وبالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها، والظاهر أنَّها تمضي على كتابتها فيكون ملك الثانِي باقيًا فيها؛ لأن استيلاد المكاتبة لمَّا كان يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله كان استيلاد الأول مقتصرًا على نصيبه غير متناول لنصيب الساكت، فكان نصيب الساكت باقيًا على حاله، فلمَّا وطئها الثانِي وجاءت بالولد وادعاه الثانِي كانت دعوته متصادفة لملكه من حيث الظاهر؛ لأن الظاهر هو أن الأمة تمضي على كتابتها، فكان وطؤه واقعًا في ملكه؛ لأن الذي حدث من العجز إنما حدث فيها بعد صحة الدعوى، فلا يبطل حكم النسب الثابت ظاهرًا كما في ولد المغرور، فإن ولد المغرور حرٌّ بالقيمة؛ لأنه حين استولدها كانت حرة في الظاهر، ويحكم بأنه حر الأصل، والابن ابنه، والذي حدث من الاستحقاق ظهر بعده، فلا تبطل الحرية الثابتة من حيث الظاهر، فكذلك هاهنا.

الْمُشْتَرَكَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلَدَهَا الأَخِيرَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ بَعْدَ ذَلِكَ جُعِلَتِ الكِتَابَةُ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنَ الِانْتِقَالِ وَوَطْؤُهُ سَابِقٌ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الِاسْتِيلَادَ (وَنِصْفَ عُقْرِهَا) لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَالَ عُقْرِهَا،

قوله: وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ - أي: شريكه الثاني - كَمَالَ عُقْرِهَا، وذكر في «المبسوط»: ولم يذكر حكم العقر، ثم قال: لأنه على رواية هذا الكتاب يوجب نصف العقر على الثاني ونصف العقر على الأول، فيكون أحدهما قصاصًا بالآخر، ثم قال: وقد بيَّنا في كتاب الدعوى أن الأصح وجوب جميع العقر على الثاني، ثم يكون النصف بالنصف قصاصـًا ويبقى للأول نصف العقر على الثاني، وبيَّنا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هناك أيضـًا أنه حين استولدها أحدهما صار الكل أم ولد له وهي مكاتبته، فلا يصح الاستيلاد من الثاني بعد ذلك، ولا يثبت النسب منه بالدعوى.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وحاصل الاختلاف راجع إلى أن الاستيلاد والمكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يتجزأ، وأجمعوا على أنه لا يتجزأ في القنة، ويتجزأ في المدبرة، لهما أن تكميل الاستيلاد واجب ما أمكنَ، ولهذا يكمل في القنة، وأمكن تكميله هاهنا بفسخ الكتابة؛ لأن الكتابة إذا انفسخت تصير قنَّة، واستيلاد القنة لا يتجزأ.

وعند أبي حنيفة رحمه الله لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتكميل نصيب صاحبه، والمكاتبُ لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، ولا وجه لفسخ الكتابة؛ لأن المكاتب قد يرضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة، ولا يرضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد، فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ إلا بفسخ المكاتبة، ولهذا قلنا: إن الأب إذا استولد مكاتبة ابنه لا يصح، وإن أمكن تصحيحه بفسخ الكتابة، إذا عرفنا هذا فنقول: إذا صارت كلها أم ولد للأول عندهما لا يصح استيلاد الثاني؛ لأنه استولد أم ولد الغير، وإذا لم يثبت نسب ولد الثاني

وَقِيمَةَ الوَلَدِ وَيَكُونُ ابْنَهُ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَغْرُورِ؛ لِأَنَّهُ حِينَ وَطِئَهَا كَانَ مِلْكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا. وَوَلَدُ المَغْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْهُ حُرٌّ بِالقِيمَةِ عَلَى مَا عُرِفَ لَكِنَّهُ وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الغَيْرِ حَقِيقَةً فَيَلْزَمُهُ كَمَالُ العُقْرِ (وَأَيُّهُمَا دَفَعَ العُقْرَ إِلَى المُكَاتَبَةِ جَازَ)؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ القَبْضِ لَهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِمَنَافِعِهَا وَأَبْدَالِهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ العُقْرَ إِلَى المَوْلَى لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ (وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ وَلا يَجُوزُ وَطْءُ الآخَرِ)؛ لِأَنَّهُ

عندهما لا يضمن الثاني قيمة الولد، ويضمن الثاني عقرًا كاملًا للأول؛ لأنه أقرَّ أنه وطئ أم ولد الغير ويضمن الأول نصف قيمتها ونصف عقرها للثاني؛ لأنه استولد جارية مُشتركة بينه وبين غيره، وعند أبي حنيفة رحمه الله استيلاد الأول قبل العجز اقتصر على نصيبه، فيصح استيلاد الثاني؛ لأنه صادف ملكه من حيث الظاهر، إلى آخره.

قوله: وَقِيمَةَ الوَلَدِ، أي: ويضمن شريكه الثاني لشريكه الأول قيمة ولده؛ لأنه تبيَّن أنه استولد مملوكة الغير؛ لأنه بعد العجز لما صارت كلها أم ولد للأول كان استيلاد الثاني استيلادًا لأم ولد الغير.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه، ولا قيمة لأم الولد عند أبي حنيفة رحمه الله فكذا لابنها.

قلنا: قد قيل هذا الجواب على قولهما، وأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله فينبغي أن لا يضمن شيئًا من قيمة الولد؛ لأن حكم الولد حكم الأم فلا يضمن بأسباب الضمان، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هي أم ولد للأول، وقال الإمام المحبوبي رحمه الله: وعندهما حين استولدها أحدهما صارت أم ولد له، وهي مكاتبة له كلها حتى تعتق بأداء بدل الكتابة إلى المستولد الأول، والاستيلاد من الآخر بعد ذلك باطل؛ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالإِجْمَاعِ مَا أَمْكَنَ، ولهذا تكمل هي في القنَّة بالإجماع للإمكان، وفي المكاتبة ممكن أيضًا؛

لَمَّا ادَّعَى الأَوَّلُ الوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالإِجْمَاعِ مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِفَسْخِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهَا قَابِلَةٌ لِلْفَسْخِ فَتُفْسَخُ فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ وَتَبْقَى الكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْبَلُ

لأن الكتابة قابلة للفسخ فتفسخ الكتابة؛ وذلك لأن الاستيلاد طلب الولد، وإنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ، فكذلك ما يثبت بالفعل.

أو نقول: الاستيلاد إثبات النسب وإنه لا يتجزأ في الحقيقة فوجب تكميله إذا أمكن، وقد أمكن هنا؛ لأن الكتابة تحتمل الفسخ، والاستيلاد لا يحتمل الفسخ، فرجَّحنا الاستيلاد على الكتابة.

قوله: فَتُفْسَخُ فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ، أي: فتفسخ الكتابة فيما لا يتضرر به المكاتب، وهو أموميَّة الولد؛ لأنه لا ضررَ لها في كونها أم الولد، بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلًّا للابتذال بالبيع والهبة.

قوله: وَتَبْقَى الكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، أي: فيما وراء ما انفسخ في حق ما لا يتضرر بالانفساخ، وهي كونها أحق بإكسابها وإكساب ولدها، وسقوط الحد عن الثاني في وطئه.

قوله: بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ، أي: الكتابة تخالف التدبير من حيث أن الكتابة قابلة للفسخ، والتدبير غير قابل للفسخ، فكذلك إذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الأول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده؛ لأنَّا قلنا: أَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا مَا أَمْكَنَ، وهاهنا لا إمكان فلذلك يجري الاستيلاد هاهنا ضرورة.

بخلاف المكاتبة، وهذا جواب منهما لما قاس أبو حنيفة رحمه الله هذه المسألة على استيلادهما للمدبرة المشتركة بينهما، ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله، فقال: قال أبو حنيفة رحمه الله: إن استيلاد أحد الشريكين في المكاتبة المشتركة يقتصر على نصيبه؛ لأنا أجمعنا أن المدبرة إذا كانت مشتركة فاستولدها أحدهما يقتصر الاستيلاد ولا يشيع في الكل، فلمَّا قبل الاستيلاد التجزي بالتدبير يقبل التجزي أيضاً بالكتابة؛ لأن المعنى يجمعهما، وهو أن

الفَسْخَ، وَبِخِلَافِ بَيْعِ المُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِبْطَالَ الكِتَابَةِ إِذِ المُشْتَرِي لا يَرْضَى بِبَقَائِهِ مُكَاتِبًا. وَإِذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فَالثَّانِي وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الغَيْرِ (فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ مِنْهُ وَلا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْهِ بِالقِيمَةِ) غَيْرَ أَنَّهُ لا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ (وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ العُقْرِ)؛ لِأَنَّ الوَطْءَ لا يَعْرَى عَنْ إِحْدَى الغَرَامَتَيْنِ، وَإِذَا بَقِيَتِ الكِتَابَةُ وَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لَهُ، قِيلَ يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ

بالتدبير خرجت من أن تكون قابلة للنقل من ملك إلى ملك، فكذا بالكتابة تخرج عن كونها قابلة للملك، ولهذا لا يجوز بيع المكاتب، ولا بيع المدبر، ولا وجه إلى فسخ الكتابة؛ لأنه إنما يصار إليه عند الضرورة، والضرورة هاهنا منعدمة، ولهذا لا تفسخ الكتابة في استيلاد الأب جارية ابنه.

قوله: وَبِخِلَافِ بَيْعِ المُكَاتَبِ، أي: لا تفسخ الكتابة لضرورة تجويز البيع، بخلاف فسخها لضرورة الاستيلاد؛ لأن المكاتب يتضرر في فسخ الكتابة بدون رضاه في البيع، وقد قلنا: أنه يفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب، فلذلك قلنا: بأنه لا يجوز بيع المكاتب بدون رضاه.

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ لا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ، وهي شبهة أنَّها مكاتبة بينهما، بدليل ما ذكره أبو حنيفة رحمه الله، أو أنَّها تبقي مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالإجماع على ما ذكرناه، وفي وطئ مكاتبته لا يجب الحد وإن كانت مشتركة بينه وبين آخر.

قوله: وَإِذَا بَقِيَتِ الكِتَابَةُ - أي: فيما يتضرر بفسخ الكتابة كما في عدم كونها أحق بإكسابها - وَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لَهُ، - أي: للأول - قِيلَ يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الكِتَابَةِ، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: ثم عندهما لمَّا صار كلها أم ولد للأول قبل العجز اختلف المشايخ بعد ذلك، قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله: تبقى مكاتبه بنصف بدل الكتابة؛ لأن الكتابة لمَّا انفسخت في نصيب الثاني سقطَ نصف بدل الكتابة، فتبقى مكاتبته بالنصف، وقال عامة المشايخ: تبقى مكاتبه بجميع بدل الكتابة؛ لأن انفساخ الكتابة أمر ضروري فلا يظهر فيما عدا التمليك، فبقي العقد الأول كما كان، ولهذا وجب أبو يوسف

انْفَسَخَتْ فِيمَا لا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ وَلا تَتَضَرَّرُ بِسُقُوطِ نِصْفِ البَدَلِ. وَقِيلَ يَجِبُ كُلُّ البَدَلِ؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ لَمْ تَنْفَسِخْ إلَّا فِي حَقِّ التَّمَلُّكِ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سُقُوطِ نِصْفِ البَدَلِ وَفِي إبْقَائِهِ فِي حَقِّهِ نَظَرٌ لِلْمَوْلَى وَإِنْ كَانَ لا تَتَضَرَّرُ المُكَاتَبَةُ بِسُقُوطِهِ، وَالمُكَاتَبَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطِي العُقْرَ لِاخْتِصَاصِهَا بِأَبْدَالِ مَنَافِعِهَا. وَلَوْ عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَرُدُّ إلَى المَوْلَى لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لِشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ فَيَضْمَنُهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمَلُّكِ (وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ: يَضْمَنُ الأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ

رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة.

قوله: وَقِيلَ يَجِبُ كُلُّ البَدَلِ، أي: كل بدل الكتابة عليها للمستولد الأول.

قوله: إلَّا فِي حَقِّ التَّمَلُّكِ ضَرُورَةً، وهي تكامل الاستيلاد.

قوله: وَفِي إبْقَائِهِ - أي: في عقد الكتابة - فِي حَقِّهِ - أي: في حق نصف بدل الكتابة - نَظَرٌ لِلْمَوْلَى، وهو المستولد الأول.

قوله: لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، أي: في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لِشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً، يعني: في قياس قوله في إعتاق المكاتب بين اثنين، فإن عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتبًا، وعند مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْمَنُ الأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ القِيمَةِ وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنَ المُكَاتَبَةِ، وفي قياس تلك المسألة ينبغي أن يكون الحكم هكذا في هذه المسألة.

قوله: يَضْمَنُ الأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا، أي: مكاتبه.

مِنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ)؛ لِأَنَّ حَقَّ شَرِيكِهِ فِي نِصْفِ الرَّقَبَةِ عَلَى اعْتِبَارِ العَجْزِ، وَفِي نِصْفِ البَدَلِ عَلَى اعْتِبَارِ الأَدَاءِ فَلِتَرَدُّدٍ بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقَلُّهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الثَّانِي لَمْ يَطَأْهَا وَلَكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ بَطَلَ التَّدْبِيرُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادِفِ المِلْكَ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ المُسْتَوْلِدَ تَمَلَّكَهَا قَبْلَ العَجْزِ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلِأَنَّهُ بِالعَجْزِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ مِنْ وَقْتِ الوَطْءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مُصَادِفُ مِلْكِ غَيْرِهِ وَالتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ المِلْكَ، بِخِلَافِ النَّسَبِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الغُرُورَ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَكَمَّلَ الِاسْتِيلَادَ عَلَى مَا بَيَّنَّا

قوله: يَجِبُ أَقَلُّهُمَا؛ لأنه متيقن؛ ولأنه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم، وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد، فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة، وهي خمسمائة درهم إذا كانت قيمتها ألف درهم، وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم، فلهذا أوجبنا الأقل، كذا ذكره صدر الإسلام رحمه الله.

قوله: وَإِذَا كَانَ الثَّانِي لَمْ يَطَأْهَا وَلَكِنْ دَبَّرَهَا، أي: بعد ما استولدها الأول.

قوله: أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، أي: بطلان تدبير الثاني ظاهر عندهما لعدم الملك.

قوله: لِأَنَّ المُسْتَوْلِدَ - الأول - تَمَلَّكَهَا، وانفسخت الكتابة قبل التدبير فلا يصح تدبير الثاني؛ لأن تدبير أم الولد الغير لا يصح، وإنما يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله، حيث يجوّز الاستيلاد من الثاني ولا يجوز التدبير منه، والفرق أن الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر، وذلك يكفي لثبات النسب دون التدبير، ألا ترى أنه لو اشترى أمةً واستولدها ثم استحقت يبطل التدبير، فبهذا افترقا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

قوله: وَكَمَّلَ الِاسْتِيلَادَ عَلَى مَا بَيَّنَّا، أي: في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو

(وَيَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ عُقْرِهَا) لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَنِصْفَ قِيمَتِهَا)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نِصْفَهَا بِالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ تَمَلُّكٌ بِالقِيمَةِ (وَالوَلَدُ وَلَدُ الأَوَّلِ)؛ لِأَنَّهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ المُصَحِّحِ، وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا. وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَا كَاتَبَاهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ عَجَزَتْ يَضْمَنُ المُعْتِقُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لا يَرْجِعُ عَلَيْهَا)؛ لِأَنَّهَا لَمَّا عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَصِيرُ كَأَنَّهَا لَمْ تَزَلْ قِنَّةً، وَالجَوَابُ فِيهِ عَلَى الخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ وَفِي الخِيَارَاتِ وَغَيْرِهَا،

قوله: وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنَ الِانْتِقَالِ.

قوله: لِقِيَامِ المُصَحِّحِ - وهو الملك في الكتابة - وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا؛ لأن استيلاده كان عند قيام الكتابة فيصح استيلاد المكاتبة بالإجماع.

قوله: وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، أي: في تعليل القولين، وقد ذكرنا قول أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا قولهما فهو قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الأَوَّلُ الوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، إلى آخره.

قوله: وَالجَوَابُ فِيهِ - أي: في إعتاق أحد الشريكين القنَّ المشترك - عَلَى الخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ - فإن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا ضمن الساكت المعتق فالعتق يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع المعتق على العبد - وَفِي الخِيَارَاتِ - فإن عند أبي حنيفة رحمه الله فالشريك الساكت بين الخيارات الثلاث: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار، والسعاية مع الاعسار - وَغَيْرِهَا، وهو الولاء وترديد الاستسعاء، فإن عند أبي حنيفة رحمه الله إن أعتق الساكت، أو استسعى فالولاء بينهما، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق، وعندهما الولاء للمعتق في الوجهين جميعًا، أعني تضمين المعتق واستسعاء العبد.

وأمَّا ترديد الاستسعاء فإنَّهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان: إن كان المعتق

كَمَا هُوَ مَسْأَلَةُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الإِعْتَاقِ، فَأَمَّا قَبْلَ العَجْزِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لَمَّا كَانَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ كَانَ أَثَرُهُ أَنْ يُجْعَلَ نَصِيبُ غَيْرِ المُعْتِقِ كَالمُكَاتَبِ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِهِ نَصِيبُ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّهَا مُكَاتَبَةٌ قَبْلَ ذَلِكَ وَعِنْدَهُمَا لَمَّا كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ بِعِتْقِ الكُلِّ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُكَاتَبًا إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَيُسْتَسْعَى العَبْدُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ.

موسرًا يضمن نصيب الساكت، وإن كان معسرًا يسعي العبد لنصيب الساكت، وأبو حنيفة رحمه الله يراه.

قوله: كَمَا هُوَ مَسْأَلَةُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ، فإنه إذا أعتق نصف عبد مشترك بينهما يعتق نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله لا غير، وعندهما يعتق الكل، يعني كما أن مسألة تجزي الإعتاق وعدمه على الخلاف، فكذلك هذه الأشياء الثلاثة: وهي الرجوع، والخيارات، والولاء على الخلاف أيضـًا، فكان فيه إشارة إلى أن الخلاف في هذه الأشياء الثلاثة بناء على مسألة تجزي الإعتاق وعدمه.

قوله: فَأَمَّا قَبْلَ العَجْزِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، يعني: إنما قيَّد حكم الضمان بعجز المكاتبة في المسألة بقوله: وَإِنْ كَانَا كَاتَبَاهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ عَجَزَتْ يَضْمَنُ المُعْتِقُ لِشَرِيكِهِ، إلى آخره؛ لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن العتق يتجزأ، فكان إعتاق نصف المكاتبة لا يورث الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما أورثته الكتابة مادامت مكاتبةً؛ لأن أثر إعتاق النصف عنده أن يصير النصف الآخر بمنزلة المكاتب، وهي كانت مكاتبة قبل الإعتاق، فكان إعتاق المعتق محققًا لكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز؛ لأنه لا يظهر أثر الإعتاق فيها لبقاء نصيب الساكت كما كان، فإذا عجزت حينئذٍ ظهر أثر الإعتاق فيها؛ لأنه لمَّا عجزت المكاتبة وصارت أمة أوجب الإعتاق السابق فسادًا في نصيب الساكت كما يوجب في القنة، وهو أنه انسد عليه باب التمليك بالبيع والهبة

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ المُعْتِقَ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الآخَرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ وَيُسْتَسْعَى أَوْ يُعْتَقُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ لكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ الآخَرِ فَيَثْبُتُ لَهُ خِيرَةُ الإِعْتَاقِ وَالتَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ، وَإِعْتَاقُهُ يَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ لِأَنَّهُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَلكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَلَهُ خِيَارُ العِتْقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ وَيُضَمِّنُهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُدَبَّرًا؛ لِأَنَّ الإِعْتَاقَ صَادَفَ المُدَبَّرَ. ثُمَّ قِيلَ: قِيمَةُ المُدَبَّرِ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ يَجِبُ ثُلُثَا قِيمَتِهِ وَهُوَ قِنٌّ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: البَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وَالإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وَالفَائِتُ البَيْعُ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ.

وغيرهما، وهو فساد فيها، وصار ذلك الإعتاق السابق تعديًا الآن، فيضمن لصاحبه نصف قيمتها ويرجع عليها بما ضمن؛ لما ذكرنا من أصله أن المعتق إذا ضمن يرجع بذلك على العبد؛ لأن الباقي لم يعتق بإعتاقه وإنما يعتق بالضمان، ومنفعة أدائه يعود إليها فيرجع عليها.

وعندهما لمَّا كان الإعتاق لا يتجزأ عتق كله للحال، ويغرم قيمة نصيبه للحال أيضـًا، ولا يرجع عليها بما غرم؛ لأن الكل عتق بإعتاقه عندهما؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ، كذا في شرح «الجامع الصغير».

قوله: البَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، - وهي: الهبة، والصدقة، والإرث، والوصية - وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، - وهي: الإجارة، والعارية، والوطء - وَالإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، - وهي: الكتابة، والاستيلاد، والتدبير، والإعتاق على مال.

وَإِذَا ضَمَّنَهُ لا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِنْ مِلْكٍ إلَى مِلْكٍ، كَمَا إذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ. وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلا كَانَ لِلْآخَرِ الخِيَارَاتُ الثَّلَاثُ عِنْدَهُ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَبَقِيَ خِيَارُ الإِعْتَاقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ؛ لِأَنَّ المُدَبَّرَ يُعْتَقُ وَيُسْتَسْعَى (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِتْقُ الآخَرِ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ

قوله: وَإِذَا ضَمَّنَهُ لا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ، وهذا الضمان ضمان حيلولة، لا ضمان تملك كما في عيب المدبر.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: وقيمة أم الولد ثلثُ قيمتها قنة؛ لأن منافع المملوك ثلاث: الاستخدام، والاسترباح بالبيع، وقضاء الديون من ماليته بعد الموت، وبالتدبير تفوت منفعة واحدة وهي منفعة الاسترباح، فنقص ثُلث قيمته، وبالاستيلاد تفوت منفعتان: منفعة الاسترباح، ومنفعة قضاء الديون بعد الموت، وتبقى منفعة واحدة وهي منفعة الاستخدام، فتوزع القيمة على ذلك.

قوله: وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلا كَانَ لِلْآخَرِ الخِيَارَاتُ - أي: الخيارات - الثَّلَاثُ، وهي: خيار التضمين، وخيار الإعتاق، وخيار الاستسعاء.

قوله: فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ؛ لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئـًا للمعتق عن الضمان لمعنى، وهو أن نصيبه كان قنًّا حين أعتق المعتق، فكان تضمينه إيَّاه متعلقًا بشرط تمليك العين بالضمان، وقد فوَّت ذلك بالتدبير، بخلاف الأول، فهناك نصيبه كان مدبرًا حين أعتق المعتق، فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه، كذا ذكره الإمام المحبوبي.

فإن قلتَ: لا يشترط تمليك العين في جميع الضمانات، بل يكون الضمان بدون تمليك العين في حق التضمين، كما في غصب المدبر، فلم اشترط هاهُنا وهو فيما إذا أعتقه أحد الشريكين أوَّلًا ثم دبره الآخر تمليك الغير في حق التضمين؟ بل كان ينبغي أن يضمن المدبر المعتق؛ لأن المعتق أتلف مالية العبد بالإعتاق، كما إذا قدم المدبر تدبيره على إعتاق المعتق حيث يضمن المدبر المعتق لهذا.

لا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّدْبِيرِ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا)؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَلَا يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ، وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ قِنًّا لِأَنَّهُ صَادَفَهُ التَّدْبِيرُ وَهُوَ قِنٌّ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَدْبِيرُ الآخَرِ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لا يَتَجَزَّأُ فَعَتَقَ كُلُّهُ فَلَمْ يُصَادِفَ التَّدْبِيرُ المِلْكَ وَهُوَ يَعْتَمِدُهُ.

قلتُ: اعلم أن التدبير إذا كان سابقاً فالمحل وقت الإعتاق لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، فثبتَ له ولاية تضمين المعتق لا بشرط التمليك، أمَّا إذا كان الإعتاق سابقًا فالمحل وقت الإعتاق كان قابلًا للنقل من ملكٍ إلى ملكٍ، فيثبت له ولاية التضمين بشرط النقل، فإذا دبَّره بعد ذلك تعذر النقل فيتعذر التضمين؛ لأن حق التضمين ثبت مقيدًا بهذا الشرط، وهو نظير ما لو غصب الرجل عبدًا فدبَّره المولى ثم أبَقَ أو ماتَ لا يكون له حق التضمين؛ لأن حق التضمين ثبتَ بشرط التمليك، فإذا فاتَ الشرط تعذَّر التضمين، أمَّا لو غصب مدبرًا فأبَقَ أو ماتَ ضمن الغاصب؛ لأن حق التضمين ثبتَ لا بشرط التمليك؛ لأنه لم يكن محلًا للتمليك وقت الغصب، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله.

فحصلَ من هذا كله أن الضمان تعلق بالتمليك إذا كان المحل يحتمل التمليك، كما إذا سبق الإعتاق، أو غصب القن فماتَ، أو أبق فيهما، وأمَّا إذا كان المحل لا يحتمل التمليك فيتعلق الضمان بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك، كما إذا غصبَ المدبر فماتَ أو أبَقَ.

وأمَّا إذا علق الضمان في أصله بالتمليك ثم اعترض فيه ضمان الحيلولة، برئ الضامن لضمان التمليك عن ضمانه؛ لأن شرط التضمين لم يبق، وهو فيما إذا غصبَ الغاصب القن فدبَّره المالك لم يبق الغاصب ضامنًا؛ لأن ضمانه في الابتداء انعقد بشرط التمليك فلم يبق ذلك الشرط، فلا يبقى المشروط وهو الضمان، بخلاف ما إذا غصب المدبر ابتداءً حيث يبقى ضامنًا؛ لأن ضمانه انعقد لا بشرط التمليك فيبقى كذلك، فكان غاصب المدبر ومعتق المدبر من أحد الشريكين بمنزلة من له أرض خراج، فعطلها عن الزراعة مع تمكنه للزراعة يجب عليه الخراج؛ لتفويته النماء التقديريّ؛ لأن وجوب الخراج هاهُنا معلق

(وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ إنْ كَانَ مُوسِرًا) وَيَسْعَى العَبْدُ فِي ذَلِكَ إنْ كَانَ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ الإِعْتَاقِ فَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ عِنْدَهُمَا، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

بالنماء التقديري، فأنزل صاحب الأرض منزلة صاحب النماء الحقيقي في حق وجوب الخراج؛ لأنه هو الذي فوته باختياره، فكذلك هاهنا أنزل غاصب المدبر، ومعتق المدبر، منزلة المتملك للمدبر في حق الضمان.

وأمَّا إذا زرعها ونبتَ الزرع ثم اصطلم الزرع آفة لا يجب عليه الخراج؛ لأنه لمَّا زرع تعلق وجوب الخراج بالنماء الحقيقي وهو حقيقة الخارج، فلمَّا هلك الخارج لم يبق وجوب الخراج؛ لأن وجوب الخراج في هذه الصورة تعلق بالنماء الحقيقي، فلمَّا لم يبق النماء الحقيقي فاتَ شرط وجوب الخراج ففاتَ المشروط وهو وجوب الخراج، فكان هذا نظير من أعتق أحد الشريكين ثم دبَّره الآخر، أو غصب القن ثم دبره المالك؛ لأن المعتق حين أعتق كان ضامنًا بشرط ضمان التمليك، فلمَّا دبره الآخر أخرج ضمانه عن ضمان التملك، فلم يبق ذلك الشرط فلا يبقى المشروط وهو الضمان، كما في اصطلام الزرع في الخراج.

وقال الإمام المحبوبي رحمه الله: هذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا على قولهما التدبير لا يتجزأ، فإذا دبَّر أحدهما أولًا كان الكل مدبرًا له، وهو ضامن نِصْفَ قِيمَتِهِ لشريكه مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ يملك نصيب صاحبه، وإعتاق الآخر بعد ذلك باطل، وإن أعتق أحدهما أولًا فهو حرٌّ كله من قبله، فتدبير الآخر بعد ذلك باطل، وإن كان المعتق موسرًا ضمن نصف قيمته لشريكه، وإن كان معسرًا يسعي الغلام في نصف قيمته، والله تعالى أعلم.

بَابُ مَوْتِ المُكَاتَبِ وَعِجْزِهِ وَمَوْتِ المَوْلَى

قَالَ: (وَإِذَا عَجَزَ المُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ أَوْ

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء وهي: موت المكاتب، وعجزه، وموت المولى ظاهر التناسب؛ لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة، فكذا بيان أحكامها.

اعلم أن المكاتب إذا ماتَ عن مال وعليه دين، أو جناية، وله أولاد أحرار من امرأة حرة، وأولاده ولدوا في الكتابة من أمته، وأولاد اشتراهم، بدئ بالدين، ثم بالجناية، ثم بالكتابة؛ لأن الحقوق قد اجتمعت في العين، وتفاوتت في القوة، يبدأ بالأقوى فالأقوى، كما يبدأ في التركة بالجهاز، ثم بالدين، ثم بالوصية، وأصله قوله تعالى: ﴿وَيُؤْتِ كُلَّ ذِى فَضْلٍ فَضْلَهُۥ﴾ [هود: ٣].

والدين أقوى من الجناية؛ لأنه كان مالًا متقررًا في ذمته في حياته، والجناية لا تتعلق بذمته إلا بقضاء القاضي، أو بفوت الدفع بموته، والمال خلف عن ذمته في ثبوت الحق فيه، فما كان أسبق تعلقًا بذمته وكان متقررًا في نفسه فهو أقوى.

ثم الجناية أقوى من الكتابة؛ لأن الكتابة ليست بدين متقرر، فإنه يتمكن من إسقاطها عن نفسه بأن يعجز نفسه، والضعيف لا يزاحم القوي، فلهذا قدمت الجناية، ثم بعد هذا الكتابة، وإذا أديت الكتابة حكم بحريته في حال حياته، وحرية من كان تبعًا له في الكتابة، فلهذا كان الباقي ميراثًا لجميع أولاده، كذا في باب موت المكاتب من عتاق «المبسوط».

النجم: هو الطالع، ثم سمي به الوقت المضروب، ومنه قول الشافعي رحمه الله: أقل

مَالٌ يَقْدُمُ عَلَيْهِ لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ اليَوْمَيْنِ أَوِ الثَّلَاثَةَ) نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ، وَالثَّلَاثُ هِيَ المُدَّةُ الَّتِي ضُرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ كَإِمْهَالِ الخَصْمِ لِلدَّفْعِ وَالمَدْيُونِ لِلْقَضَاءِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ المَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الكِتَابَةَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِذَا تَوَالَى عَلَى المُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَّقَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ إِرْفَاقٍ حَتَّى كَانَ أَحْسَنُهُ مُؤَجَّلَهُ وَحَالَةُ الوُجُوبِ

التأجيل نجمان، أي: شهران، ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة، ومنه حديث عُمر رضي الله عنه: «أنه حط عن مكاتب له أول نجم حلَّ عليه»، أي: أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة، ثم اشتقوا منه فقالوا: نجم الدية أداها نجومًا، ومنه قوله: التنجيم ليس بشرط، وتقول: نجمتُ المالَ، إذا أديتَه نجومًا نجومًا، قال زهير:

يُنَجِّمُها قومٌ لقومٍ غرامة * ولم يُهْرِيقُوا بَيْنَهم مِلْءَ مِحْجَمِ

كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: كَإِمْهَالِ الخَصْمِ لِلدَّفْعِ، فإن المدعى عليه إذا توجه عليه الحكم فادعى الدفع ببينة حاضرة، إنه يؤخر يومًا، أو يومين، أو ثلاثة،(1) لا يزاد عليه، وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير، فكذا هاهنا، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله.

والأصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلمه حيث قال في الثالثة: ﴿هَٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف: ٧٨]، وكذلك قرر صاحب الشرع مدَّة الخيار ثلاثة أيام للاختيار.

قوله: إِذَا تَوَالَى عَلَى المُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَّقَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ، والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما، كذا ذكره الإمام فخر الإسلام رحمه الله.

---

(1) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الثانية (ف٢): يعني: إذا ادعى رجل على الحر مالًا وأثبته، فقال المدعى عليه: أمهلني يوماً أو ثلاثة أيام لأدفعه إليك، يُمهل.

بَعْدَ حُلُولِ نَجْمٍ فَلا بُدَّ مِنْ إِمْهَالِ مُدَّةٍ اسْتِيسَارًا، وَأَوْلَى المُدَدِ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ العَاقِدَانِ. وَلَهُمَا أَنَّ سَبَبَ الفَسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ العَجْزُ، لِأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ يَكُونُ أَعْجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَقْصُودَ المَوْلَى الوُصُولُ إِلَى المَالِ عِنْدَ حُلُولِ نَجْمٍ وَقَدْ فَاتَ فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ، بِخِلَافِ اليَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْهَا لِإِمْكَانِ الأَدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا، وَالآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإِنَّ المَرْوِيَّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّ مُكَاتَبَةً لَهُ عَجَزَتْ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ فَرَدَّهَا فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ بِهَا.

قوله: وَأَوْلَى المُدَدِ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ العَاقِدَانِ، يعني: أنه إذا تم النجم الأول صار المال حالًّا، والعجز عن البدل في الحال لا يثبت إلا بعد ضم تأجيل مدة تحقيقًا لإبلاء العذر، وتمكينًا له من الأداء، وأحق الآجال ما تواضع عليه العاقدان، فإذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الآن تحقق العجز عن أدائها، فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان.

قوله: فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ، أي: فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضيًا لبقاء الكتابة بعد ذلك النجم الذي شرطه، أو فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضيًا بدون ذلك النجم، على ما ذكرنا من اختلاف الروايتين من «الذخيرة»: أن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة، وأراد المولى أن يفسخ وإن لم يرض المكاتب بالفسخ، ففسخ المولى العقد بنفسه ففيه روايتان: في رواية لا يصح فسخه ويحتاج فيه إلى قضاء القاضي، وفي رواية يصح فسخه.

قوله: وَالآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، هذا جوابٌ عمَّا تمسك به أبو يوسف رحمه الله بقول علي رضي الله عنه، فَإِنَّ - الأثر - المَرْوِيَّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، يعارضه على ما ذكره في الكتاب.

قوله: فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ بِهَا، أي: بالآثار المتعارضة؛ لأن الحديثين إذا تعارضا وجهل تاريخها يسقطا، فيصار إلى ما بعدهما من الحجة، فبقي ما قالا من الدليل بقوله: أَنَّ سَبَبَ

قَالَ: (فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ فَعَجَزَ فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ فَهُوَ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَبِالعُذْرِ أَوْلَى (وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ العَبْدُ لا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ بِالفَسْخِ)؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لازِمٌ تَامٌّ فَلَا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ أَوِ الرِّضَا كَالرَّدِّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ.

الفَسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ، إلى آخره، سالمًا عن المعارض فيثبت الفسخ به.

أو نقول: إن في حديث علي رضي الله عنه بيان أن حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين، وليس فيه نفي حق الفسخ عند كسر نجمٍ واحدٍ، بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفًا إلى قيام الدليل، وقد قام الدليل وهو ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، فإن ذلك كالمروي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم؛ لأن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع؛ لأنه لا يدركه القياس، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله.

يقال: أَخَلَّ الفارس بمركزه، إذا ترك موضعه الذي عينه له الأمير، ثمَّ استعمل أخل هاهنا في ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في أدائها.

قوله: عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، أي: عند غير القاضي.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ العَبْدُ لا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ بِالفَسْخِ، وفي «المبسوط»: وفي حديث علي رضي الله عنه وهو **قوله: «إِذَا اجْتَمَعَ عَلَى المُكَاتَبِ نَجْمَانِ قَدْ خَلَا رُدَّ فِي الرِّقِّ»**، وكذلك في حديث ابن عمر رضى الله عنهما دليل على أن للمولى أن يفسخ الكتابة عند عجز المكاتب، من غير أن يحتاج فيه إلى المرافعة إلى القاضي، فيكون حجة على ابن أبي ليلى رحمه الله؛ لأنه يقول: لا يرد في الرق إلا بقضاء القاضي، فإن العجز لا يتحقق بدون القضاء؛ لأن المال غاد ورائح، وجعل هذا العجز نظير عجز العين عن الوصول إلى امرأته، ثمَّ الفرقة هناك لا تكون إلا بقضاء القاضي، ولكنا نقول: العقد تمَّ بتراضيهما، والمولى ما رضي بلزوم هذا العقد إلا بشرط، فإذا فاتَ عليه ذلك الشرط يتمكن من فسخه لانعدام رضاه به، بخلاف النكاح فإنه لا يعتمد تمام الرضاء، وبخلاف الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن المشتري يتفرد

قَالَ: (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ) لِانْفِسَاخِ الكِتَابَةِ (وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الأَكْسَابِ فَهُوَ لِمَوْلَاهُ)؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَوْلَاهُ وَقَدْ زَالَ التَّوَقُّفُ.

قَالَ: (فَإِنْ مَاتَ الْمَكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ لَمْ تَنْفَسِخِ الكِتَابَةُ وَقَضَى مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَحَكَمَ بِعِتْقِهِ فِي آخَرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ)

بالرد بالعيب قبل القبض لفوت شرطه، فهو أصل لنا، فأمَّا بعد القبض فقد قامت الدلالة لنا على تمام الصفقة بالقبض، وبعد تمام الصفقة لا يتفرد بالفسخ لحاجته إلى نقض القبض التام، ونقل الضمان إلى البائع.

وقد ذكرنا اختلاف الروايتين من «الذخيرة» فيما إذا عجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ، ففسخ المولى العقد بنفسه ففيه روايتان: في رواية لا يصح فسخه بدون قضاء القاضي به، وفي رواية يصح.

وجه الرواية التي قال: قضاء القاضي ليس بشرط، أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد؛ لأن تمام الكتابة بالأداء؛ لأن تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه، فيُشبه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبًا قبل القبض، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، فهُنا كذلك.

وجه الرواية الأخرى أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين بعد القبض؛ لأن المكاتب بعقد الكتابة صار في يده، فأشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري بالمشترى عيبًا بعد القبض، وهناك المشتري لا يتفرد بالفسخ كذا هنا.

قوله: لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَوْلَاهُ؛ لأنه إن أدّى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب، وإن عجز فللمولى.

قوله: فَهُوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ - أي: لورثته الأحرار - وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ، أي: أولاده المولودون

وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ -. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَبْطُلُ الكِتَابَةُ وَيَمُوتُ عَبْدًا وَمَا تَرَكَهُ لِمَوْلَاهُ، وَإِمَامُهُ فِي ذَلِكَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَلِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الكِتَابَةِ عِتْقُهُ وَقَدْ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُهُ فَتَبْطُلُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بَعْدَ المَمَاتِ مَقْصُودًا أَوْ يَثْبُتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ مُسْتَنِدًا، لا وَجْهَ إِلَى الأَوَّلِ لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ، وَلا إِلَى الثَّانِي لِفَقْدِ الشَّرْطِ وَهُوَ الأَدَاءُ، وَلا إِلَى الثَّالِثِ لِتَعَذُّرِ الثُّبُوتِ فِي الحَالِ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنِدُ.

وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَلا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ المَوْلَى فَكَذَا

في حال الكتابة، أو المشترون في حال الكتابة.

قوله: إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ، أي: المعتق.

قوله: لا وَجْهَ إِلَى الأَوَّلِ - وهو أن يعتق المكاتب بعد الموت - لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ؛ وذلك لأن الميت ليس بمحل للعتق ابتداءً؛ لما في العتق من إحداث قوة المالكية، وذلك لا يتصور في الميت، ولا يجوز أن يستند العتق إلى حال حياته؛ لأن المعتق بالشرط لا يسبق الشرط، وفي إسناده إلى حال حياته إثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الأداء.

وهذا بخلاف ما إذا مات المولى؛ لأن المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد، والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد؛ ولأنه لو بقي العقد بعد موت المولى يعتق بالأداء إلى الورثة، وصار المولى معتقًا له، ويجوز أن يكون الميت معتِقًا، ولا يجوز أن يكون معتَقًا، ألا ترى أنه لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي، كان صحيحًا، ولو قال: بعد موتك كان لغوًا، وكذلك لو أوصى بأن يعتق عبده بعد موته كان صحيحًا، وإذا أعتق كان المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، - قيِّد به احترازًا عن النكاح، والوكالة وغيرهما - وَلا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ، وقيِّد به احترازًا عن عقد الإجارة؛ لأن عقد الإجارة عقد

بِمَوْتِ الآخَرِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا الحَاجَةُ إِلَى إِبْقَاءِ العَقْدِ لِإِحْيَاءِ الحَقِّ، بَلْ أَوْلَى؛

معاوضة ولكن يبطل بموت أحد المتعاقدين، وعقد الكتابة عقد معاوضة لا يبطل بموت المولى، ينبغي أن لا يبطل بموت العاقد الآخر أيضاً كالبيع، وعكسه الإجارة.

ثم إنما قلنا: إذا لم تنفسخ بموت أحد المتعاقدين، ينبغي أن لا تنفسخ بموت العاقد الآخر كما في البيع؛ لما أن قضية مطلق المعاوضة التسوية بين المتعاقدين، والخصمُ لا ينازعُ في هذا، ولكنه يدعي أن في موت المكاتب فوات المعقود عليه، وليس كذلك، فإن المعقود عليه ما يسلم للعاقد بمطلق العقد، والرقبة لا تسلم له بمطلق العقد، أمَّا السالم له فمالكية اليد وهي المعقود عليها، وقد سلمت له بنفس العقد، وإضافة العقد إلى الرقبة لا تدل على أن المعقود عليه هو الرقبة، كما تضاف الإجارة إلى الدار والمعقود عليه المنفعة، والرجوع عند الفساد بقيمة الرقبة ليس لأن المعقود عليه هو الرقبة، ولكن لأن ما هو المعقود عليه لا يتقوم بنفسه وهو مالكية اليد، فيصار إلى قيمة أقرب الأشياء إليه، كما في الخلع يصار إلى رد المقبوض عند فساد التسمية؛ لأن ما هو المعقود عليه غير متقوم.

ثم إذا جاز أن يجعل المولى بعد الموت كالحي حكماً حتى يصير معتقًا، فكذلك يجوز أن يبقى المكاتب حيًا حكماً حتى يؤدي كتابته فيصير حرًّا؛ وهذا لأن المملوكية أليق بحال الميت من المالكية؛ لأن المملوكية عبارة عن الضعف، والمالكية ضرب قوة، والضعف بحال الميت أليق من القوة.

والدليل على جواز إبقاء المملوكية بعد موته لحاجته أن كفن العبد بعد موته على مولاه، ولا سبب لاستحقاقه عليه سوى المملوكية، والأصح أن نقول: نحن إنما نبقي المالكية بعد موت المكاتب؛ لما بيَّنا أن بعقد الكتابة يثبت له مالكية اليد في مكاسبه، وبه يتمكن من أداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته؛ لأن حاجته إلى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة مولاه إلى الولاء، فإذا جاز إبقاء المالكية بعد موت المولى لحاجته إلى الولاء، فكذلك يجوز إبقاء مالكية المكاتب بعد موته لحاجته إلى الحرية، ثمَّ بقاء صفة المملوكية تكون تبعًا لا مقصودًا.

ومن أصحابنا من يقول: لا نجعله حرًّا بعد الموت، ولكنا نسند حريته إلى حال حياته؛

لِأَنَّ حَقَّهُ آكَدُ مِنْ حَقِّ المَوْلَى حَتَّى لَزِمَ العَقْدُ فِي جَانِبِهِ، وَالمَوْتُ أَنْفَى لِلْمَالِكِيَّةِ مِنْهُ لِلْمَمْلُوكِيَّةِ فَيَنْزِلُ حَيًّا تَقْدِيرًا، أَوْ تَسْتَنِدُ الحُرِّيَّةُ بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الأَدَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ

لأن بدل الكتابة كان في ذمته، والدين بالموت يحول من الذمة إلى التركة؛ لأن الذمة لا تبقى محلًّا صالحـًا للدين بعد الموت، ولهذا حل الأجل بالموت، وإذا تحول بعد الكتابة إلى التركة فرغت الذمة منه، وفراغ ذمة المكاتب موجب حريته، إلا أنه لا يجوز الحكم بحريته ما لم يصل المال إلى المولى، فإذا وصل المال إلى المولى حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته.

فإن قيل: لو قذفه قاذف بعد أداء بدل الكتابة فإنه لا يحد قاذفه عندكم، ولو حكم بحريته في حال حياته لحُدَّ قاذفه.

قلنا: هذا شيءٌ نثبته حكمـًا للاستحقاق الثابت بالكتابة، ولتحقق الضرورة فيه، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، فلا يظهر به حريته مطلقًا في حال الحياة، ولا يصير محصنـًا باعتبار حرية تثبت باعتبار الضرورة، والحد لا يجب بقذف غير المحصن، مع أن الحدود تدرأ بالشبهات والحرية تثبت مع الشبهة، فكذلك الميراث فإنه يثبت مع الشبهات، ومن ضرورة الحكم بموته حرًّا أن يكون ما بقي من كسبه ميراثًا لورثته، كذا في «المبسوط».

قوله: حَتَّى لَزِمَ العَقْدُ فِي جَانِبِهِ، أي: جانب المولى، فإن المولى لا يتمكن من فسخه رعاية لحق العبد، وأمَّا العقد من جانب العبد غير لازم حتى يتمكن من فسخ الكتابة بدون رضا المولى بالتعجيز.

قوله: وَالمَوْتُ أَنْفَى لِلْمَالِكِيَّةِ مِنْهُ، أي: من الموت؛ لأن المالكية قدرةٌ والمملوكية عجزٌ، فكان بين الموت والمالكية منافاة.

وقوله: أَوْ تَسْتَنِدُ الحُرِّيَّةُ ... إِلَى مَا قَبْلَ المَوْتِ، إشارة إلى قول بعض أصحابنا الذي ذُكر من «المبسوط».

قوله: فَيَنْزِلُ حَيًّا تَقْدِيرًا، كما أنزلنا الميت حيًّا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق، وفي حق التكفين، والتجهيز، وتنفيذ الوصايا في الثلث، فكذا هنا

الْمَوْتِ وَيَكُونُ أَدَاءُ خَلَفِهِ كَأَدَائِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مُمْكِنٌ عَلَى مَا عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الخِلَافِيَّاتِ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الكِتَابَةِ سَعَى فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَى نُجُومِهِ فَإِذَا أَدَّى حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ وَعِتْقِ الوَلَدِ)؛ لِأَنَّ الوَلَدَ دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ وَكَسْبُهُ كَكَسْبِهِ فَيَخْلُفُهُ فِي الأَدَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَرَكَ وَفَاءً (وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى فِي الكِتَابَةِ قِيلَ لَهُ إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الكِتَابَةَ حَالَّةً أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا يُؤَدِّيهِ إِلَى أَجَلِهِ اعْتِبَارًا بِالوَلَدِ المَوْلُودِ فِي الكِتَابَةِ، وَالجَامِعُ أَنَّهُ يُكَاتَبُ عَلَيْهِ تَبَعًا لَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُ المَوْلَى إِعْتَاقَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ أَكْسَابِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ أَنَّ الأَجَلَ يَثْبُتُ شَرْطًا فِي العَقْدِ فَيَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ دَخَلَ تَحْتَ العَقْدِ وَالمُشْتَرَى لَمْ يَدْخُلْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضِفْ إِلَيْهِ العَقْدَ وَلَا يَسْرِي حُكْمُهُ إِلَيْهِ لِانْفِصَالِهِ، بِخِلَافِ المَوْلُودِ فِي الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ وَقْتَ الكِتَابَةِ فَيَسْرِي الحُكْمُ إِلَيْهِ وَحَيْثُ دَخَلَ فِي حُكْمِهِ سَعَى فِي نُجُومِهِ.

أنزلناه حيًّا قضاءً لحاجته.

قوله: أَوْ تَسْتَنِدُ الحُرِّيَّةُ بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الأَدَاءِ، وهو عقد الكتابة.

قوله: وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى فِي الكِتَابَةِ قِيلَ لَهُ إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الكِتَابَةَ حَالَّةً أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا، اعلم أن التبعية للولد المولود أكثر من التبعية للولد المشتري، والتبعية للولد المشتري أكثر من التبعية للوالد المشتري، وقد ذكرناه؛ وذلك لأن التبعية للولد المولود في الكتابة ثابت بالملك، والبعضية الثابتة حقيقةً وقت ثبوت العقد إلى آخره، على ما ذكرناه.

قوله: وَلِهَذَا يَمْلِكُ المَوْلَى إِعْتَاقَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ أَكْسَابِهِ، فيثبت أنه ملحق بالولد المولود في الكتابة لا بالأكساب.

(فَإِنِ اشْتَرَى ابْنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابْنُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ يُحْكَمُ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبِيهِ فِي الكِتَابَةِ فَيَكُونُ هَذَا حُرًّا يَرِثُ عَنْ حُرٍّ (وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً)؛ لِأَنَّ الوَلَدَ إِنْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعٌ لِأَبِيهِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا حَكَمَ بِحُرِّيَّةِ الأَبِ يَحْكُمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الحَالَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

قوله: وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً، أي: يرثه ابنه، وقيَّد بقوله: كِتَابَةً وَاحِدَةً، احترازًا عمَّا لو كانا مكاتبين لكن كل واحد منهما بعقد على حدة، فإن هناك لا يرثه الابن، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله، وقال: وإن كان الولد منفردًا بكتابته فأداها بعد موت الأب قبل قضاء مكاتبته أو بعده لم يرثه؛ لأنه مقصود بالكتابة، فإنما يعتق من وقت أداء البدل مقصورًا عليه؛ لأن الإسناد للضرورة ولا ضرورة في حقه هاهنا، فإذا لم يستند عتقه كان عبدًا عند موت ابنه فلهذا لا يرثه.

قوله: وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، لاتحاد عقد الكتابة فيهما؛ وهذا لأن الكتابة لمَّا كانت واحدة ونجومهما واحدة، فإنَّهما يعتقان معًا إن أديا، ويردان معًا في الرق إن لم يؤديا، وقد عتق العبد في آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق الابن معه في تلك الحالة أيضًا فيرثه لذلك.

قوله: وَإِنْ مَاتَ المُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ، إلى آخره، يريد بهذا الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة التي تليها، وهي قوله: وَإِنِ اخْتَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ وَمَوَالِي الأَبِ، إلى آخره، صورتهما: مكاتب ماتَ وله ولد حرٌّ من امرأة حرة، وترك دينًا على الناس وفاء بمكاتبته، فإن ولاء ولده لموالي الأم؛ أمَّا بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر؛ لأن الدين مال باعتبار ماله، ولكن لا يحكم بعتقه إلا عند أداء بدل الكتابة، وما لم يحكم بعتقه لا يظهر لولده ولاء في جانب أبيه، فيكون مولى لموالي الأم، وإذا أدى بدل الكتابة ظهر له ولاء في جانب الأب، فيجرّ ولاؤه إلى موالي الأب؛ لأن الولاء كالنسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب،

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ فَجَنَى الْوَلَدُ فَقُضِيَ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الأُمِّ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ)؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءَ يُقَرِّرُ حُكْمَ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّتِهَا إِلحَاقُ الْوَلَدِ بِمَوَالِي الأُمِّ وَإِيجَابِ الْعَقْلِ عَلَيْهِمْ، لكِنْ عَلَى وَجْهٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَ فَيَنْجَرَّ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الأَبِ، وَالْقَضَاءُ بِمَا يُقَرِّرُ حُكْمَهُ لا يَكُونُ تَعْجِيزًا (وَإِنِ اخْتَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ وَمَوَالِي الأَبِ فِي وَلَائِهِ فَقَضَى بِهِ

حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه، بأن أكذب الملاعن نفسه يعود النسب إليه، فكذلك الولاء.

وإن كان الولد جنى جناية وقضى القاضي بموجب الجناية عَلَى عَاقِلَةِ الأُمِّ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ، وفسخ الكتابة.

قوله: وَإِنِ اخْتَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ وَمَوَالِي الأَبِ فِي وَلَاءِ الوالد وميراثه بعد موت الولد، فقضى القاضي بالولاء لموالي الأم يكون ذلك قضاءً بعجز المكاتب وفسخ الكتابة، والفرق أن القاضي ما قضى بعجز المكاتب وفسخ الكتابة نصًّا في الموضعين، وليس من ضرورة القضاء بموجب الجناية على عاقلة الأم القضاء بفسخ الكتابة، فإن القضاء على غير من وجبَ عليه جائز بعارض الكفالة والتحمل، فيجعل في حق موالي الأب كأن القضاء على عاقلة الأم كان بعارض أمر، ولا يجعل قضاء بفسخ الكتابة، بخلاف الفصل الثاني؛ لأن القاضي قضى بكونه مولى لموالي الأم إذ الخصومة وقعت فيها، ومن ضرورته القضاء بفسخ الكتابة.

أو نقول: إن القضاء بالولاء والميراث لموالي الأم يتضمن القضاء بفسخ الكتابة اقتضاءً؛ لأن الكتابة لو لم تنفسخ نحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، ويصير الولاء لموالي الأب، ويسترد من موالي الأم ما أخذوا من الميراث، ومن ضرورة ذلك بطلان قضاء القاضي بالولاء، والميراث لموالي الأم، وصيانة القضاء عن النقض واجب ما أمكن، وأكثر ما فيه أن في صيانة القضاء عن النقض انفساخ الكتابة، وصيانة الكتابة عن الفسخ واجبة أيضـًا رعاية لحق المكاتب، لكن صيانة القضاء أوْلَى؛ لأن القضاء بالميراث صحيح بالإجماع، فإنه صادف فصلًا مجتهدًا فيه، فإن الاختلاف بين موالي الأب وموالي الأم في الحقيقة راجع

لِمَوَالِي الأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالعَجْزِ)؛ لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي الوَلَاءِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ يَبْتَنِي عَلَى بَقَاءِ الكِتَابَةِ وَانْتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فُسِخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الوَلَاءُ

إلى قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء، فموالي الأم زعموا أنه ماتَ عبدًا وانفسخت الكتابة بموته، وصار ولاء الولد لنا لا يتحول عنا، وهو قول بعض الصحابة، وموالي الأب زعموا أن الكتابة لم تنفسخ بموته عن وفاء، فتؤدي الكتابة حتى تعتق وينتقل الولاء إلينا، وهو قول بعض الصحابة، فإذا قضى القاضي بالولاء لموالي الأم كان قضاءً في فصل مجتهد فيه فنفذ بالإجماع، وصيانة قضاء متفق عليه أَوْلَى من إمضاء كتابة اختلفت الصحابة في بقائها.

فأمَّا القضاء بالعقل فلا يتضمن فسخ الكتابة، بل القضاء به تقرير بحكم الكتابة، فإن من ضرورة قيام الكتابة أن يكون الولاء ملحقًا بموالي الأم، والعقل عليهم مع احتمال أن يُعتق الأب فيجر الولاء، فلم يكن من ضرورة القضاء عليهم وهو يحتمل تقرير الكتابة أن يجعل فسخًا من غير ضرورة؛ وذلك لأن قضاء القاضي بأرش الجناية على عاقلة الأم لا يوجب تقرير ولاء الولد لهم، وفسخ كتابة المكاتب من حكم تقرير ولاء الولد لموالي الأم، فإذا لم يحصُل ذلك بمجرَّد القضاء بأرش الجناية عليهم لا يكون ذلك قضاء بفسخ الكتابة، بخلاف ما إذا كانت الخصومة في الولاء فقضى به القاضي لموالي الأم، فإن ذلك يوجب تقرير الولاء لموالي الأم، لوجود قضاء القاضي فيه قصدًا، ومن ضرورته فسخ الكتابة.

ثم في مسألة الأرش إذا ظهر للولد ولاء من قبل الأب عند أداء البدل، فموالي الأم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على موالي الأب؛ لأنه إنما حكم بعتق الأب في آخر جزء من أجزاء حياته، ولا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة، فكان موالي الأم عند جنايته موالية على الحقيقة، فلم يرجعوا بما عقلوا على موالي الأب، ويرجعون بما عقلوا من جنايته بعد موت الأب قبل أداء كتابته؛ لأن عتق الأب استند إلى حال حياته، فيتبيَّن أن ولاءه كان لموالي الأب من ذلك الوقت، وموالي الأم كانوا مجبرين على الأداء فيرجعون بما أدوا، كالملاعن إذا أكذب نفسه بعد ما جنى الولد وعقل جنايته قوم أمه رجعوا به على عاقلة الأب؛ لأنه تبيَّن ثبوت نسبه من ذلك الوقت، وإنما لم يعمل بطريق التبيين في الكتابة

عَلَى مَوَالِي الأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَانْتَقَلَ الوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الأَبِ، وَهَذَا فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَيَنْفُذُ مَا يُلَاقِيهِ مِنَ القَضَاءِ فَلِهَذَا كَانَ تَعْجِيزًا.

قَالَ: (وَمَا أَدَّى المُكَاتَبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَى مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَى،

حتى لم نقل برجوع موالي الأم بما عقلوا على موالي الأب؛ لأنَّا إنما حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته في الحقوق المستحقة له بعقد الكتابة؛ لأن ذلك ثبتَ ضرورة انتهاء عقد الكتابة، وليس عقل جناية الولد من حكم تلك الكتابة فلا يظهر فيه حكم الإسناد، ألا ترى أن المكاتب إذا ماتَ عن ولد مولود في الكتابة ثمَّ ماتَ قريبٌ له، ثم أدَّى الولدُ كتابة ابنه فإنه لا يرثه من هذا القريب شيئاً؛ لما أن الاستيلاد إنما يظهر فيما هو من حكم تلك الكتابة خاصَّة؛ لأنه لا يثبت إلا فيما يتحقق فيه الضرورة، وعقل جناية الولد ليس من حكم تلك الكتابة فلا يظهر فيه حكم الاستناد أو التبيين، كذا في شروح «الجامع الصغير» لشمس الأئمة، وقاضي خان، والمحبوبي رحمهم الله تعالى.

هذا الذي ذكرنا فيما إذا ماتَ المكاتب عن وفاء، أو عن ولد مولود في الكتابة، وأمَّا إذا ماتَ المكاتب لا عن وفاء قال الإسكاف رحمه الله: تنفسخ الكتابة حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه.

وقال أبو الليث رحمه الله: لا تنفسخ الكتابة ما لم يقض بعجزه، حتى لو تطوع بالكتابة قبل القضاء جاز عنه ويعتق، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَمَا أَدَّى المُكَاتَبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَى مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَى؛ لأن المكاتب تملك لجهة وانتقل إلى المولى لجهة أخرى فاختلف السبب، إلى هذا أشار النبيّ عليه الصلاة والسلام فيما أهدت إليه بريرة رضي الله عنها، وكانت مكاتبة فقال: «هِيَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»، وصار كالفقير يموت عن صدقات أخذها يطيبُ ذلك لوارثه الغنِي، وكذا الفقير لو صار غنيًّا طابَ له ما أخذ من الصدقات حال فقره، وكذا ابن السبيل إذا وصلَ إلى ماله، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

لِتَبَدُّلِ المِلْكِ) فَإِنَّ العَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةً وَالمَوْلَى عِوَضًا عَنِ العِتْقِ، وَإِلَيْهِ وَقَعَتِ الإِشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهَا - «هِيَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ» وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَاحَ لِلْغَنِيِّ وَالهَاشِمِيِّ؛ لِأَنَّ المُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى مِلْكِ المُبِيحِ، وَنَظِيرُهُ المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَبَاحَ لِغَيْرِهِ لا يَطِيبُ لَهُ وَلَوْ مَلَكَهُ يَطِيبُ، وَلَوْ عَجَزَ قَبْلَ الأَدَاءِ إِلَى المَوْلَى فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ بِالعَجْزِ يَتَبَدَّلُ المِلْكُ عِنْدَهُ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ كَانَ بِالعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلْكُ المَوْلَى عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لا خُبْثَ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ، وَإِنَّمَا الخُبْثُ فِي فِعْلِ الآخِذِ لِكَوْنِهِ

قوله: لِتَبَدُّلِ المِلْكِ، فإن قيل: أن ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك؟

قلنا: ملك الرقبة للمولى كان معلومًا في مقابلة ملك اليد للمكاتب، حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى، وكان للمكاتب أن يمنعُه عن التصرف في ملكه، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه، وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى؛ إذ المكاتب هو الذي يتصرف فيه تصرف الملاك لا المولى، ثم بالعجز ينقلب الأمر وتنعكس القضيَّة، وليس هو إلا تبدل الملك للمولى.

وذكر الإمام قاضي خان، والإمام المحبوبي رحمهما الله: وهذه المسألة على وجهين:

إمَّا أن يعجز المكاتب قبل أداء الصدقة إلى مولاه أو بعده، فإن عجز بعد ما أدَّى فالمقبوض طيبٌ للمولى يأكله بالإجماع؛ لأن سبب الملك قد تبدل، واختلاف الأسباب يُنزل منزلة اختلاف الأعيان، أصله حديث بريرة رضي الله عنها، والمعنى فيه أن الخبث كان بسبب أنه من أوساخ الناس، وقد بطل ذلك بتبدل السبب، بخلاف الفقير إذا أباح لغنِيّ أو هاشمي عين ما أخذ من مال الزكاة من الطعام أنه لا يحل؛ لأن الملك لم يتبدل.

وإن عجز المكاتب وفي يده صدقات وزكاة أخذها، هل تحل لمولاه تناولها وهو غنِيّ أو هاشمي؟ ذكر في كتاب المكاتب في آخر باب ضمان المكاتب: أنه طيب في الوجهين

إذْلالًا بِهِ. وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْغَنِيِّ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ وَلِلْهَاشِمِيِّ لِزِيَادَةِ حُرْمَتِهِ وَالأَخْذُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ المَوْلَى فَصَارَ كَابْنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَى وَطَنِهِ وَالفَقِيرِ إِذَا اسْتَغْنَى وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِنَ الصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُعْتِقَ المُكَاتَبُ وَاسْتَغْنَى يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ مِنَ الصَّدَقَةِ فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى العَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلاهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالجِنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ أَوْ يَفْدِي)

جميعًا، أمَّا على قول محمد رحمه الله فلا يشكل أنه يحل؛ لأن المذهب عنده أن المكاتب إذا عجز يملك المولى إكسابه ملكـًا مبتدأً، ولهذا أوجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجر أمته ظئرًا ثم عجز، فكذلك في مسألتنا وجبَ أن يحل كما في مسألة الأداء.

وأمَّا أبو يوسف رحمه الله يجعل العجز تأكيدًا لجانب حق المولى فلا يطيب له؛ لأن عنده المكاتب إذا عجز لا يملك المولى إكسابه ملكـًا مبتدأً، بل كان له نوع ملك في إكسابه، وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون، ولهذا قال: المكاتب إذا آجر أمته ظئرًا ثم عجز لا تنفسخ الإجارة، والصحيح أنه يطيب له عند الكل؛ لأنه لا خبث في الصدقة، وإنما حرمت على الغنِي والهاشمي كرامةً لهما، وصيانةً لهما عن الذل الحاصل بقبول الصدقة من غير ضرورة.

قوله: وَإِذَا جَنَى العَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلاهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالجِنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ، يقال لمولاه: ادفعه، أو: افده؛ لأن المولى لم يصير مختارًا للفداء بعقد الكتابة؛ لأنه لم يكن عالمـًا بالجناية وقت الكتابة، إلا أنه تعذر عليه الدفع بفعله، احترازًا عمَّا لو تعذر الدفع بدون فعله بأن ماتَ لا يجب على المولى شيء لا القيمة، ولا الأرش، فيغرم قيمته، كما لو باع وهو لا يعلم بالجناية، إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال، فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد إلى القيمة، فإذا عجز زال المانع من الدفع فيخيَّر بين الدفع والفداء.

اعلم أن المكاتب إذا جنى جناية خطأً فإنه يسعى في الأقل من قيمته، ومن أرش الجناية؛ لأن دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه، وموجوب الجناية عند تعذر الدفع

لِأَنَّ هَذَا مُوجِبُ جِنَايَةِ العَبْدِ فِي الأَصْلِ وَلَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالجِنَايَةِ عِنْدَ الكِتَابَةِ حَتَّى يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ إِلَّا أَنَّ الكِتَابَةَ مَانِعَةٌ مِنَ الدَّفْعِ، فَإِذَا زَالَ عَادَ الحُكْمُ الأَصْلِيُّ (وَكَذَلِكَ إِذَا جَنَى المُكَاتَبُ وَلَمْ يَقْضِ بِهِ حَتَّى عَجَزَ) لِمَا بَيَّنَّا مِنْ زَوَالِ المَانِعِ (وَإِنْ قَضَى بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ دَيْنٌ يُبَاعُ فِيهِ) لِانْتِقَالِ الحَقِّ مِنَ الرَّقَبَةِ إِلَى قِيمَتِهِ بِالقَضَاءِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَدْ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ إِلَيْهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ القَضَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ المَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ وَهُوَ

على من يكون الكسب له، والواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجناية، ألا ترى أن في جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمتها، ومن أرش الجناية؛ لأنه أحق بكسبهما، كذا في باب جناية رقيق المكاتب من عتاق «المبسوط»، فعلم بهذا أن موجب جناية المكاتب لازم على نفسه دون سيده؛ لأن تعذر الدفع باعتباره.

قوله: وَلَمْ يَقْضِ بِهِ، أي: بموجب الجناية، ولا فرق بين المسألتين في الصورة والحكم إلا أن في الأولى كانت الجناية قبل عقد الكتابة، وهاهنا وجدت الجناية بعد عقد الكتابة.

قوله: وَإِنْ قَضَى بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ، أي: وإن قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته.

قوله: فَهُوَ دَيْنٌ، أي: قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب، وفي قول زفر رحمه الله الجواب في الفصلين واحدٌ يباع في قيمته، إلا أن يقضي المولى عنه؛ لأن المكاتب ليس بمحل للدفع، وجنايته لا تتعلق برقبته ولكنها توجب القيمة كجناية المدبر وأم الولد، إلا أن هناك القيمة على المولى؛ لأن الحق في كسبهما له، وهاهنا القيمة على المكاتب في ذمته؛ لأن الحق في كسبه له، فإذا عجز كان دينًا عليه يباع فيه كسائر الديون، وحاصله أن جناية المكاتب عندنا لا يصير مالًا إلا بالقضاء، أو بالموت عن وفاء، أو بالصلح عن رضًى.

وعند زفر رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولًا: موجب جنايته قيمته؛ لأن

الكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقْتَ الجِنَايَةِ، فَكَمَا وَقَعَتِ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ. وَلَنَا أَنَّ المَانِعَ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ لِلتَّرَدُّدِ وَلَمْ يَثْبُتَ الِانْتِقَالُ فِي الحَالِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى القَضَاءِ أَوِ الرِّضَا وَصَارَ كَالعَبْدِ المَبِيعِ إِذَا أَبَقَ قَبْلَ القَبْضِ يَتَوَقَّفُ الفَسْخُ عَلَى القَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ الزَّوَالَ بِحَالٍ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ المَوْلَى المُكَاتِبُ لَمْ تَنْفَسِخِ الكِتَابَةُ) كَيْ لَا يُؤَدِّي إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ، إِذِ الكِتَابَةُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ المَرْءِ حَقُّهُ (وَقِيلَ لَهُ أَدِّ المَالَ إِلَى وَرَثَةِ

المانع من الدفع قائم وهو الكتابة.

ولنا أن الأصل في جنايات الرقيق الدفع، وإنما تجب القيمة عند العجز عن الدفع، والمانع من الدفع هاهنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة، فلا تصير مالًا إلا بقضاء، أو رضاء، فإذا تحولت إلى القيمة دينًا في ذمته بقضاء القاضي بيع فيه، فأمّا إذا عجز قبل قضاء القاضي فقد تقرَّر موجب الجناية في رقبته لإمكان الدفع، فيدفعه المولى أو يفديه، كما لو جنى بعد العجز، وهو نظير المغصوب يأبق، فإن قضى القاضي بقيمته ثم رجع كان ملكًا للغاصب، وإن لم يقض حتى رجع كان ملكًا للمغصوب منه، وبه فارق المدبر وأم الولد؛ لأنه ليس فيهما توهم الدفع، فإن التدبير أو الاستيلاد ليس بعرض للفسخ، فلهذا كان موجب الجناية في الابتداء هو القيمة، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَلَمْ يَثْبُتَ الِانْتِقَالُ، أي: انتقال الحق من الدفع إلى القيمة.

قوله: إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ، بفتح التاء.

قوله: إِذِ الكِتَابَةُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ المَرْءِ حَقُّهُ، يعني: أن الحرية حق العبد والكتابة سببها، فتكون الكتابة حقها والحق لا يبطل بالموت، كما إذا كان لرجل دين على آخر.

قوله: وَقِيلَ لَهُ أَدِّ المَالَ إِلَى وَرَثَةِ المَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ، فإن قلتَ: ما وجه الفرق بين

الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَالسَّبَبُ انْعَقَدَ كَذَلِكَ فَيَبْقَى بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَلا يَتَغَيَّرُ، إلَّا أَنَّ الْوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ فِي الِاسْتِيفَاءِ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ

هذا وبين ما تقدم في قوله: وَإِذَا كَاتَبَ الْمَرِيضُ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفَيْنِ إلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ ... فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلُثَي الأَلْفَيْنِ حَالًا، وكذا ذكر فيما بعده: أَدِّ ثُلُثَي الْقِيمَةِ حَالًا أَوْ تُرَدُّ رَقِيقًا، وذكر هاهنا أن المكاتب يؤدي بدل الكتابة إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ، أي: مؤجلًا لا حالاً؟

قلتُ: وجه الفرق مقرون فيهما في وضع المسألة، حيث وضع المسألة هناك في المريض وهاهنا أطلق فكان محمولًا على حالة الصحة؛ لأن ذلك هو المطلق من الأحوال والمرض من العوارض.

وقد صرح به في «المبسوط»، وحاصله أن تصرف المريض كما ثبتَ انحصاره بثلث المال في حق الإسقاط، كذلك انحصر تصرفه في حق التأجيل في حق الثلث وتصرّف الصحيح لمَّا صح في حق بدل الكتابة في حق الإسقاط، فكذلك صحَّ تصرفه في كله في حق التأجيل، فلذلك لم يبطل التأجيل في كل بدل الكتابة بموت المولى إذا كانت الكتابة في حال الصحة.

وقال في أول باب مكاتبة المريض من مكاتب «المبسوط»: وإذا كاتبَ عبده في مرضه على مكاتبة ثلثه ولا مال له غيره ثمَّ مات المولى فإنه يقال للمكاتب: عجل الثلثين من المكاتبة والثلث عليك إلى الأجل، فإن لم يعجل ردَّ رقيقًا؛ لأن التأجيل تبرع منه، وتبرعه في مرضه بالتأخير كتبرعه في الإسقاط، فلا يصح إلا في ثلثه، بخلاف ما إذا كاتبه في صحته؛ لأن تأجيله هناك صحيح مطلقاً؛ لكونه مالكاً للتبرع بالإسقاط في صحته، فلا يبطل الأجل بموت المولى؛ لأنه حق المكاتب.

قوله: إلَّا أَنَّ الْوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ فِي الِاسْتِيفَاءِ، أي: وبهذا القدر لا يتغير الحق، كما إذا كان له دين على رجل ومات رب الدين.

قوله: فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، فإن المعتق منهم أضاف

أَحَدُ الوَرَثَةِ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَهَذَا لِأَنَّ المُكَاتِبَ لا يَمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ فَكَذَا بِسَبَبِ الوِرَاثَةِ. وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ إبْرَاءً عَنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ فَإِنَّهُ حَقُّهُمْ وَقَدْ جَرَى فِيهِ الإِرْثُ، وَإِذَا بَرِئَ المُكَاتَبُ عَنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ يُعْتَقُ كَمَا إذَا أَبْرَأَهُ المَوْلَى، إلَّا أَنَّهُ إذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ لا يَصِيرُ إبْرَاءً عَنْ نَصِيبِهِ، لِأَنَّا نَجْعَلُهُ إبْرَاءَ اقْتِضَاءٍ تَصْحِيحًا لِعِتْقِهِ. وَالعِتْقُ لا يَثْبُتُ بِإِبْرَاءِ البَعْضِ أَوْ أَدَائِهِ فِي المُكَاتَبِ لا فِي بَعْضِهِ وَلا فِي كُلِّهِ، وَلا وَجْهَ إلَى إبْرَاءِ الكُلِّ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

العتق إلى ما لا يملكه فلا ينفذ منه، ولا تسقط به حصته من البدل أيضًا؛ لأنه أضاف التصرف إلى ما لا يملكه، فلا يظهر حكمه فيما يملكه كأحد الشريكين في العبد إذا أعتق نصيب شريكه يكون لغوًا منه، فلا يفسد الرق به في نصيبه.

قولـه: وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ، هذا جواب الاستحسان، وأمَّا في القياس فلا ينفذ إعتاقهم أيضًا كما لا ينفذ إعتاق واحد منهم، ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لإضافتهم التصرف إلى ما ليس بملك لهم، وفي الاستحسان يعتق، ويجعل هذا بمنزلة الإقرار منهم باستيفاء بدل الكتابة، ومعنى هذا أن المكاتب إنما يعتق بعد موت المولى بإبقاء جميع بدل الكتابة، وقولهم: هو حرٌّ، يكون إقرارًا منهم بما تحصل به الحرية له وهو إيفاء بدل الكتابة.

بخلاف ما إذا قال ذلك بعضهم؛ لأنه لا يعتق شيء منه بإبقاء نصيب أحدهم من بدل الكتابة، فلا يتضمن كلامه الإقرار باستيفاء نصيبه، يوضحه: أن عتق جميع المكاتب مُسقط لبدل الكتابة عنه، فيُمكن إعمال كلامه بطريق المجاز، وهو أن يكون إسقاطًا منهم لبدل الكتابة، ومع تعذر العمل بحقيقة الكلام يعمل بالمجاز إذا أمكن، بخلاف ما إذا أعتق بعضهم؛ لأن عتق البعض ليس بمُسقط عنه شيئًا من بدل الكتابة، بخلاف ما إذا أعتق كله فقد تعذر العمل بحقيقة كلامه ومجازه في ملكه، فلهذا كان لغوًا، كذا في باب مكاتبة المكاتب من إعتاق «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

كِتَابُ الوَلَاءِ

كتـابُ الولاء

إيراد كتاب الولاء بعد ذكر المكاتب ظاهر التناسب؛ لأنه أثر من آثار التعاقب، وفيه أيضـًا تفاؤل لما عسى يحصل من إحماد ثمرة التكاسب، وهو المرجح لإيراده هنا دون عقيب العتاق؛ إذ ذاك ثابت هناك من غير تردد على الإطلاق.

وأما إيراد ولاء الموالاة فلأن له مشاركة بولاء العتاقة في اللفظ والحكم، أمَّا اللفظ فظاهر؛ فإن كلًّا منهما يسمى ولاءً، وكذلك الحكم؛ فإن كلًّا منهما سبب الإرث.

وأمَّا محاسن الولاء ظاهرة؛ فإن فيه مجازاة الإحسان بالإحسان، وهي سنَّة من سُنن الرحمن، وما سنَّ الله تعالى من الإحسان فهو حسن لذاته؛ ولأن فيه شكر المنعم، وحسن شكر المنعم بالغ مبلغـًا لا يجري فيه الفسخ؛ ولأن فيه تقوية الضعيف ونصرة اللَّهيف، والتحامـًا بلحمة الانتساب لا تأوي ولا يؤنسه أحد بالإقراب، إليهما أشار النبي صلَّى الله عليه وسلَّم في قوله: «وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَدَعْ وَارِثًا كُنْت أَنْتَ عَصَبَتَهُ»، وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ».

فنحتاج هاهنا إلى بيان الولاء لغةً، وشرعًا، وسببه، وحكمه، وأوصافه.

أمَّا اللغة: فإن الولاء مشتق من الولي، وهو القرب، وحصول الثانِي بعد الأول من غير فصل، وسمي ولاء العتاقة والموالاة به؛ لأن حكمها وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل، وقيل: الوَلاء والولاية: بالفتح النصرة والمحبة، إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة.

الوَلَاءُ نَوْعَانِ: وَلَاءُ عَتَاقَةٍ وَيُسَمَّى وَلَاءَ نِعْمَةٍ،

وأمَّا شرعًا: فالولاء عبارة عن التناصر سواء كان ذلك ولاء عتاقة، أو ولاء موالاة، ومن آثار التناصر العقل والإرث، وعن هذا قال في «المبسوط»: والمطلوب بكل واحد منهما التناصر بالولاء، وقد كانوا في الجاهلية يتناصرون بأسباب منها: الحلف، والممالحة، فالشرع قرَّر حكم التناصر بالولاء.

وأمَّا ما ورد من الحديث: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته» فيحتمل أن يراد به صلاحية كون المعتق وارثًا، أو أن يراد به بيع ما يحصل من تركة المعتق وهو معدوم فلا يجوز بيعه.

وأمَّا سببه: فما ذكر في الكتاب، ونذكر أيضاً ما يوضحه.

وأمَّا حكمه: فذكر في «الذخيرة»: حكم هذا الولاء الإرث.

وأمَّا أوصافه: فكل من حصل له العتق من جهة إنسان ثبت ولاء المعتق منه، سواءٌ شرط الولاء أو لم يشترط، أو تبرأ عنه، وسواء كان الإعتاق ببدل أو بغير بدل، وسواء حصل العتق بالإعتاق، أو بالقرابة، أو بالكتابة عند الأداء، أو بالتدبير، أو الاستيلاد بعد الموت، وسواء كان العتق حاصلًا ابتداءً، أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها؛ لأن ظاهر قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» عام؛ لأنه ذكره بكلمة (من).

ثم المعنى في الإرث هو أن المعتق بالإعتاق أحيى المعتق حكماً؛ لأن الرقيق هالك حكماً، ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو: القضاء، والشهادة، والسعي إلى الجمعة، والخروج إلى العيدين، وأشباه ذلك، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه، فكان الإعتاق سببًا لثبوت أحكام الأحياء في حقه، فكان إحياءً حكماً، فكان المعتق بمنزلة الأب له حكماً فيرث منه كما يرث الأب، كذا في «الذخيرة».

قوله: **الوَلَاءُ نَوْعَانِ:** - أي: الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع نوعان - **وَلَاءُ عَتَاقَةٍ وَيُسَمَّى وَلَاءَ نِعْمَةٍ**، وإنما سُمِّي ولاء العتاقة بولاء النعمة اقتداءً بكتاب الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧]، أي: أنعم الله عليه بالإسلام وأنعمت عليه بالعتق، والآية في زيد بن الحارثة رضي الله عنه مولى رسول الله صلَّى الله عليه

وَسَبَبُهُ العِتْقُ عَلَى مُلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّى لَوْ عَتَقَ قَرِيبُهُ عَلَيْهِ بِالوِرَاثَةِ كَانَ الوَلاءُ لَهُ. وَوَلاءُ مُوَالاةٍ، وَسَبَبُهُ العَقْدُ وَلِهَذَا يُقَالُ وَلاءُ العَتَاقَةِ وَوَلاءُ المُوَالاةِ، وَالحُكْمُ يُضَافُ إِلَى سَبَبِهِ، وَالمَعْنَى فِيهِمَا التَّنَاصُرُ، وَكَانَتِ العَرَبُ تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تَنَاصُرَهُمْ بِالوَلاءِ بِنَوْعَيْهِ فَقَالَ: «إِنَّ مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ» وَالمُرَادُ بِالحَلِيفِ مَوْلَى المُوَالاةِ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَكِّدُونَ المُوَالاةَ بِالحِلْفِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى مَمْلُوكَهُ فَوَلاؤُهُ لَهُ) لِقَوْلِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وَلِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ فَيَعْقِلُهُ وَقَدْ أَحْيَاهُ مَعْنًى بِإِزَالَةِ الرِّقِّ عَنْهُ فَيَرِثُهُ وَيَصِيرُ الوَلاءُ كَالوِلادِ، وَلِأَنَّ الغُنْمَ بِالغُرْمِ، وَكَذَا المَرْأَةُ تَعْتِقُ لِمَا رَوَيْنَا، «وَمَاتَ مُعْتَقٌ لِابْنَةِ

وسلَّم، كذا في «المبسوط».

قوله: وَسَبَبُهُ العِتْقُ عَلَى مُلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ، هذا احتراز عن قول أكثر أصحابنا فإنَّهم يقولون: سبب هذا الولاء الإعتاق، ويستدلون بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، ولكنه ضعيف، فإن من وَرِثَ قريبَه فعتق عليه كان مولًى له ولا إعتاق هاهنا، والأصح أن سببه العتق على ملكه؛ لأن الحكم يضاف إلى سببه يقال: ولاء العتاقة، ولا يقال: ولاء الإعتاق، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

وأمَّا قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، فكان الولاء هناك أيضـًا للعتق لا للإعتاق؛ لأن في الإعتاق عتقًا لا على العكس، فكان قول من قال: سببه العتق، متناولًا للصورتين فكان أَوْلَى.

قوله: وَلِأَنَّ الغُنْمَ بِالغُرْمِ، أي: فيه تحقيق مقابلة الغنم بالغرم من حيث أنه يعقل جنايته، ويرث ماله.

حَمْزَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - عَنْهَا وَعَنْ بِنْتٍ فَجَعَلَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - المَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»، وَيُسْتَوَى فِيهِ الإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ لِإِطْلَاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ)؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ فَلَا يَصِحُّ.

قَالَ: (وَإِذَا أَدَّى المُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ المَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِمَا بَاشَرَ مِنَ السَّبَبِ وَهُوَ الكِتَابَةُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي المُكَاتَبِ (وَكَذَا العَبْدُ المُوصَى بِعِتْقِهِ أَوْ بِشِرَائِهِ وَعِتْقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الوَصِيِّ بَعْدَ مَوْتِهِ كَفِعْلِهِ وَالتَّرِكَةُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ (وَإِنْ مَاتَ المَوْلَى عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العَتَاقِ (وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ بِالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ (وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العَتَاقِ (وَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ العِتْقُ عَلَيْهِ (وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لِآخَرَ فَأَعْتَقَ مَوْلَى الأَمَةِ الأَمَةَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ العَبْدِ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الحَمْلِ لِمَوْلَى الأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا)؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى مُعْتِقِ الأُمِّ مَقْصُودًا

قوله: لِإِطْلَاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، وما ذكره من المعقول؛ لأن معنى الإعتاق لا يختلف بسبب أخذ المال.

يُقال: عبده سائب، أي: معتق، لا ولاء بينه وبين معتقه.

قوله: فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ، - أي: أعتق رجل عبده وشرط أن لا يرثه - فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ، بل هو يرثه.

قوله: لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَى مُعْتِقِ الأُمِّ مَقْصُودًا، وإنما قلنا: أنه صار معتقًا مقصودًا؛ لأن الجنين جزء من الأم، والمولى أوقع الإعتاق على جميع أجزائها مقصودًا، فيكون معتقًا

إِذْ هُوَ جُزْءٌ مِنْهَا يَقْبَلُ الإِعْتَاقَ مَقْصُودًا فَلا يَنْتَقِلُ وَلاؤُهُ عَنْهُ عَمَلًا بِمَا رَوَيْنَا (وَكَذَلِكَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الحَمْلِ وَقْتَ الإِعْتَاقِ (أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ)؛ لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ يَتَعَلَّقَانِ مَعًا. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَالَتْ رَجُلًا وَهِيَ حُبْلَى وَالزَّوْجُ وَالَى غَيْرَهُ حَيْثُ يَكُونُ وَلاءُ الوَلَدِ لِمَوْلَى الأَبِ لِأَنَّ الجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهَذَا الوَلاءِ مَقْصُودًا؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ.

قَالَ: (فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَدًا فَوَلاؤُهُ لِمَوَالِي الأُمِّ)؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ تَبَعًا لِلأُمِّ لِاتِّصَالِهِ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا فَيَتْبَعُهَا فِي الوَلاءِ وَلَمْ يَتَيَقَّنْ بِقِيَامِهِ وَقْتَ الإِعْتَاقِ حَتَّى يَعْتِقَ مَقْصُودًا (فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلاءَ ابْنِهِ وَانْتَقَلَ عَنْ مَوَالِي الأُمِّ

للجنين الذي هو جزئها مقصودًا أيضـًا، كذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ - الأبُ - وَلاءَ ابْنِهِ، وفي جرِّ الولاء «رُوي عن عُمر رضي الله عنه أنه قال: إذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها، فإذا عتق أبوهم جر الولاء»، وبه نأخذ؛ لأن الولد جزء من أجزائها، وهي حرة بجميع أجزائها فينفصل الولد منها حرًّا، ثم الولاء كالنسب، والولد ينسب إلى أبيه بالنسب، فكذلك في الولاء يكون منسوبًا إلى من ينسب إليه أبوه، والأب بعد العتق منتسب بالولاء إلى مُعتِقه فكذلك ولده.

واستدل على إثبات جر الولاء بحديث الزبير رضي الله عنه أيضـًا: «فإنه أَبْصرَ بِخَيْبَرَ فِتْيَةً لُعْسًا، أَعْجَبَهُ ظُرْفُهُمْ وَأُمُّهم مَوْلاةٌ لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض الحُرقة من جُهينة، أو لبعض أشجع - الحُرقة بضم الحاء المهملة وفتح الراء لقب لبطن من جُهينة - فاشترى الزُّبير أباهم فأعتقه ثم قال: انتسبُوا إليَّ، وقال رافع: بل هم مُوالِيَّ، فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير»، وفي هذا دليل على أن الولد منسوب إلى موالي أمِّه

إِلَى مَوَالِي الأَبِ)؛ لِأَنَّ العِتْقَ هَاهُنَا فِي الوَلَدِ يَثْبُتُ تَبَعًا لِلْأُمِّ،

ما لم يظهر له ولاء من جانب أبيه، فإذا ظهرَ بالعتق جرَّ الأب ولاء الولد إلى مواليه؛ وهذا لأن في النسب الولد منسوب إلى أمه إذا لم يكن له نسب من أبيه للضرورة كالولد من الزنا، وولد الملاعنة بعد ما انقطع نسبه من أبيه، ثم إذا ظهر له نسب من جانب الأب بأن أَكَذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ صار الولد منسوبًا إليه، فكذلك في الولاء.

يقال: رجل ألعسُ، إذا كان في شفتيه سمرة، ومنه حديث الزبير، وينشد بيت ذي الرُّمة:

لَمْيَاءُ فِي شَفَتَيْهَا حُوَّةٌ لَعَسٌ ❋ وَفِي اللِّثَاتِ وَفِي أَنْيَابِهَا شَنَبُ

اللُّمَى: سُمْرة دون اللَّعَس، والحُوَّةُ: السواد، والشَّنَبُ بَرْدُ الفم والأسنان، وقيل: الرِّقَّة والعُذُوبة.

وقوله: فِتْيَةً لُعْسًا، بيان لملاحتهم، وقوله: أَعْجَبَهُ ظُرْفُهُمْ، أي: ملاحتهم، وقيل: كياسَتهم، فمن كان بهذا اللون فهو كيِّسٌ عادةً، كذا في «المبسوط»، و«المغرب».

قوله: أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أي: ولد أحد الولدين ما بين إعتاق الأم، وولادة أحد الولدين أقل من ستة أشهر بيوم مثلًا، أي: يعتق التوأمان مقصودًا أيضًا؛ لأن التوأمين خلقا من ماءٍ واحدٍ، فمن ضرورة التيقن بوجود أحدهما حين أعتقت التيقن بوجود الآخر، فحصل من هذا أن الرجل إذا أعتق أمةً وولدها، أو كانت حبلى حين أعتقها، أو أعتقت فولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر، أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم، وقد أعتق الأب رجل آخر لا ينجر ولاؤه إلى الأب أبدًا، بل كان الولد مولًى للذي أعتقه مع أمه دون من أعتق أباه، أمَّا إذا كان الولد منفصلًا عنها فهو مملوك لمالك الأم، فيتناوله العتق مقصودًا، والولد إذا صار مقصودًا بولاء العتق لا يكون تبعًا للأب، وكذلك إن كانت حبلى به على ما ذكرنا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهَذَا الوَلَاءِ مَقْصُودًا، بخلاف ولاء العتاقة، فإن الجنين يصير مقصودًا بالإعتاق وبالولاء؛ لأنه محل لإضافة العتق إليه، وبعدما صار مقصودًا بالولاء لا يمكن أن يجعل تابعًا لغيره في الولاء.

بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وَهَذَا لِأَنَّ الوَلاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لا يُبَاعُ وَلا يُوهَبُ وَلا يُورَثُ» ثُمَّ النَّسَبُ إِلَى الآبَاءِ فَكَذَلِكَ الوَلاءُ وَالنِّسْبَةُ إِلَى مَوَالِي الأُمِّ كَانَتْ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الأَبِ ضَرُورَةً،

أمَّا هاهنا لا يثبت للجنين ولا نفسه وإن كان موجودًا في البطن؛ لأنه ليس بمحل العقد الموالاة عليه؛ لأن تمام عقد الموالاة بالإيجاب والقبول، وليس لأحد ولاية الإيجاب والقبول على الجنين، فكان تابعًا في الولاء فيجعل تابعًا للأب؛ لأن الأب هو الأصل في الولاء، ولو كان لهما أولاد صغار ولدوا قبل الإسلام، فأسلم الأب على يدي رجل ووالاه ثم أسلم المرأة على يدي رجل ووالته، فإن ولاء الأولاد لموالي الأب بالإجماع؛ لأن الأب حين عقد الولاء على نفسه فقد عقد على ولده الصغير تبعًا له، وله مباشرة العقد على الصغير، حتى أن ولاء الصغير إذا كان ثابتًا للصغير بعقد الأم، بأن أسلمت قبل الأب ووالت رجلًا، فإذا أسلم الأب بعد ذلك فوالاه رجلًا ينجر ولاء الولد إلى الأب، فإذا كان ولاء الصغير ثابتًا أولًا لمولى الأب تابعًا، لَأَن يبقى كذلك على حاله بعد إسلام المرأة وموالاتها رجلًا آخر كان أَوْلَى، كذا في «الذخيرة».

قوله: بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وهو فيما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر، فإن الأب إذا أعتق هناك لا يجر ولاء ابنه وهاهنا يجر.

قوله: الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، أي: تَشَابُكٌ وَوُصْلَةٌ كَوُصْلَتِهِ، كذا في «المغرب».

قوله: لا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ، أي: لا يباع الولاء، ولا يوهب، وبهذا نأخذ دون ما رُوي عن سليمان بن يسار: «أنه كان مولى لميمونة بنت الحارث، فوهبت ولاءَه لابن العباس»؛ وهذا لأن الهبة عقد تمليك، فيستدعي شيئاً مملوكاً يُضاف إليه عقد الهبة ليصح التمليك، وليس للمعتق على معتقه شيء مملوك، وعلى هذا لو تصدَّق بولاء العتاقة أو أوصى به لإنسان فهو باطل.

وكذلك لو باع فهو باطل لما قلنا؛ ولأن البيع يستدعي مالًا متقومًا، والولاء ليس بمال متقوم،

فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الوَلَاءُ إِلَيْهِ، كَوَلَدِ المُلَاعَنَةِ يُنْسَبُ إِلَى قَوْمِ الأُمِّ ضَرُورَةً، فَإِذَا أَكْذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ المُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتٍ

وكذلك لا يورث الولاء في نفسه، ولكن يورث به كالنسب، والإرث قد يثبت فيما لا يحتمل البيع والهبة كالقصاص، وإذا كان الولاء لا يورث فلأن لا يتحقق فيه البيع والهبة أَوْلَى.

وكان شريح رحمه الله يقول: الولاء بمنزلة المال، ولسنا نأخذ بهذا، وفائدة هذا الاختلاف أن ميراث المعتق بالولاء بعد العتق يكون لابن المعتق دون ابنته عندنا، وعند شريح بين الابن والابنة للذكر مثل حظ الأنثيين، هو يقول: الولاء أثر من آثار الملك، وكأنه بالعتق يزول بعض الملك ويبقى بعضه، فهذا معنى قوله: الولاء بمنزلة المال، ولكنه ضعيف؛ فإن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»، والنسب لا يورث وإنما يورث به، فكذلك الولاء؛ وهذا لأن ثبوت الولاء للمعتق بإحداث قوة المالكية في المعتَق ونفي المملوكية، فكيف يكون الولاء جزءًا من الملك، هذا كله من ولاء «المبسوط».

قوله: فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الوَلَاءُ إِلَيْهِ، كَوَلَدِ المُلَاعَنَةِ، أي: العبد في مسألتنا في حق جر الولاء إلى نفسه، حيث ينسب الولاء إليه بعد أن لم يكن له، نظير مسألة ولد الملاعن ينسب إليه الولد بعد الإكذاب، بعد أن لم يكن الانتساب إليه، وأمَّا في حق رجوع قوم الأم على قوم الأب بما غرموا من جناية الولد فيفترقان، على ما يجيء في الكتاب بقوله: وَلَا يَرْجِعُونَ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ بِمَا عَقَلُوا، إلى آخره.

وقوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ المُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ، إلى آخره، يتعلق بقوله: فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الوَلَاءُ إِلَيْهِ، يعنِي: أن الأمة إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر، ثم أعتق الأب يجر ولاء ابنه من موالي الأم إلى ولاء نفسه.

بخلاف ما إذا ولدت الأمة المعتدة لتمام السنتين عن موت أو طلاق، سواءٌ كان طلاقًا بائنًا أو رجعيًّا بعد عتقها لأكثر من سنتين، ثم أعتق زوجها في الطلاق لا يجر ولاء ابنه إلى موالي نفسه، وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر؛ وذلك لأن الحل ليس بقائم في المعتدة من طلاق بائن أو موت، فلا يستند العلوق إلى ما بعد الطلاق بل يستند إلى ما قبل

أَوْ طَلَاقٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ أَوِ الطَّلَاقِ حَيْثُ يَكُونُ الْوَلَدُ مَوْلًى لِمَوَالِي الْأُمِّ، وَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ لِتَعَذُّرِ إِضَافَةِ الْعُلُوقِ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ الْبَائِنِ لِحُرْمَةِ الْوَطْءِ وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ فَأُسْنِدَ إِلَى حَالَةِ النِّكَاحِ فَكَانَ الْوَلَدُ مَوْجُودًا عِنْدَ الْإِعْتَاقِ فَعَتَقَ مَقْصُودًا.

الطلاق وهو وقت العتاق، فلما وجد الحمل وقت العتاق كان إعتاق الأمة متناولًا للحمل مقصودًا، وقد ذكرنا أن العتق إذا تناول الجنين مقصودًا لا ينجر الولاء إلى موالي الأب بعد ذلك وإن وجد عتق الأب، إلى هذا أشار في «المبسوط» وقال:

وإذا أعتق الرجل أمةً وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر، وقد أعتق الأب رجل آخر كان الولد مولى الذي أعتق مع أمه؛ لأن الجنين بإعتاقها يعتق مقصودًا، وقد تيقنا بوجود العلوق في وقت العتاق، فأمَّا إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر فلم نتيقن بوجود هذا الولد حين أعتقت، وكان مولى لموالي الأب تبعًا؛ وهذا لأن الحمل إذا كان قائمًا بين الزوجين فإنما يسند العلوق إلى أقرب الأوقات؛ إذ لا ضرورة في الإسناد إلى ما وراءه، إلا إذا كانت معتدَّة من موت أو طلاق، فحينئذٍ إذا جاءت به لتمام سنتين منذ يوم مات أو طلق فالولد مولى لموالي الأم؛ لأن الحمل ليس بقائم في المعتدة من طلاق بائن أو موت، فيسند العلوق إلى أبعد الأوقات لضرورة الحاجة إلى إثبات النسب، وإذا حكمنا بذلك ظهر أن الولد كان موجودًا في البطن حين أعتقت.

وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي؛ لأنَّا لا نثبت الرجعة بالشك، ومن ضرورة إثبات النسب إلى سنتين من غير أن يجعل مراجعًا، الحكم بأن العلوق قبل الطلاق.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين كان الولد مولى لموالي الأب، فصار مراجعًا لتيقننا أن العلوق حصل بعد الطلاق.

وإن كانت أقرَّت بانقضاء العدة، فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر بعد ذلك، وإتمام سنتين منذ طلق، فالولد مولى لموالي الأم؛ لأنَّا علمنا مجازفتها في الإقرار بانقضاء

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَإِذَا تَزَوَّجَتْ مُعْتَقَةٌ بِعَبْدٍ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا فَجَنَى الْأَوْلَادُ فَعَقْلُهُمْ عَلَى مَوَالِي الأُمِّ)؛ لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا تَبَعًا لِأُمِّهِمْ وَلا عَاقِلَةَ لِأَبِيهِمْ وَلا مَوْلَى، فَأُلحِقُوا بِمَوَالِي الأُمِّ ضَرُورَةً كَمَا فِي وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

العدة حين أقرَّت وهي حامل، فيستند العلوق إلى أبعد الأوقات ولا يصير مراجعًا، إلا أن تكون جاءت به لأكثر من سنتين منذ طلق، فحينئذٍ يصير مراجعًا؛ لأن إقرارها بانقضاء العدة صار لغوًا حين تيقنا أنَّها كانت حاملًا يومئذٍ، وكان ولاء الولد لموالي الأب؛ لأنَّا لم نتيقن بكونه موجودًا في البطن حين أعتقت، ولا يصير مقصودًا بالولاء إلا بذلك.

قلتُ: وبهذا كله يعلم أن الصحيح من لفظ الكتاب في قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ المُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ المَوْتِ أوِ الطَّلَاقِ، كما هو لفظ «المبسوط»، ووقع في عامة النسخ: فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ[1]، وهو لا يستقيم؛ لأن قوله: لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ، ينفي هذا؛ لأنَّها إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تثبت الرجعة لا محالة، ويكون الولد مولى لموالي الأب على ما ذكر في «المبسوط».

وحاصله أن العلوق لا يتصور بعد الموت، والطلاق البائن على أيّ وقت كانت الولادة بعدهما، ثم بعد ذلك لو ولدت الأمة ولدًا بعد العتق لا يخلوا عن ثلاثة أوجه:

(١) إما أن ولدت ولدًا بعد العتق لأقل من ستة أشهر، (٢) أو أكثر منه إلى تمام السنتين، (٣) أو أكثر من السنتين.

---

(١) وقع الاختلاف في نصّ الهداية هاهنًا كما أشار إليه الشَّارح رحمه الله، وانظر أيضـًا: الهداية (٦/ ١٤٠)، بتحقيق الشيخ أ.د. سائد بكداش، ط: دار السِّراج، المدينة المنورة.

وقد وقع سقط النص وتخالفه هاهنا في نُسَخ النهاية نفسها أيضـًا، فإن النص من قول الشارح رحمه الله: (قلتُ: وبهذا كله يعلم...) إلى قوله: (قوله: وَهُوَ العِتْقُ، أي: عتق الأب مقصود...) ساقط من أكثر نُسخ النهاية، ولكن وفقنا بحمد الله تعالى لتكميل النصّ وتصحيحه بالاستعانة من النُّسخ المتعددة الأخرى، وهي مثل: نسخة نور عثمانية - الثانية (ع٢)، وفيض الله أفندي - الأولى (ف١)، ويوسف آغا (يغ) وغيرها.

(فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلاءَ الأَوْلادِ إِلَى نَفْسِهِ) لِمَا بَيَّنَّا.

(وَلا يَرْجِعُونَ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ بِمَا عَقَلُوا)؛ لِأَنَّهُمْ حِينَ عَقَلُوهُ كَانَ الوَلاءُ ثَابِتًا لَهُمْ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْأَبِ مَقْصُودًا لِأَنَّ سَبَبَهُ مَقْصُودٌ وَهُوَ العِتْقُ، بِخِلَافِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ إِذَا عَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ الأُمِّ ثُمَّ أَكْذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ حَيْثُ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ العُلُوقِ وَكَانُوا مَجْبُورِينَ عَلَى ذَلِكَ فَيَرْجِعُونَ.

قَالَ: (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلادًا) فَوَلاءُ أَوْلادِهَا

ففي الأول: كان الولد مولى لموالي الأم لا ينتقل منهم لوجود الولد وقت العتق لا محالة، فكان عتقه مقصودًا فلا ينتقل، وفي هذا حكم الموت، والطلاق البائن، والطلاق الرجعي سواء.

وكذلك في الوجه الثاني حكم هذه الأشياء الثلاثة واحد فيما إذا كانت الأمة معتدة، حيث يكون الولد مولى لموالي الأم فلا ينتقل إلى موالي الأب.

وأمَّا في الوجه الثالث: وهو ما إذا ولدت الأمة ولدًا لأكثر من سنتين من وقت الموت، والطلاق البائن، والطلاق الرجعي، ففيه يخالف حكمُ الطلاق الرجعي حكمَ الموت والطلاق البائن، ففي الطلاق الرجعي كان الولد مولى لموالي الأب، لتيقننا بمراجعته، فكان علوق الولد بعد الطلاق، فكان مولى لموالي الأب، وفي الموت والطلاق البائن كان الولد منسوبًا إلى الأم، لا إلى الأب، لعدم تصور العلوق أكثر من سنتين، فلذلك كان الولد مولى لموالي الأم فلا ينتقل عنهم.

قوله: وَهُوَ العِتْقُ، أي: عتق الأب مقصود غير مستند إلى وقت سابق فكذلك حكمه.

قوله: لِأَنَّ النَّسَبَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ العُلُوقِ، فتبيَّن بإكذابه نفسه أنه ثابت النسب منه من حين علوق، وقوم الأم كَانُوا مَجْبُورِينَ على أداء الأرش، فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذلك يرجعون، كذا في «المبسوط».

لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -.

العَجَم: جمع العجمي، وهو خلاف العربي وإن كان فصيحًا، كذا في «المغرب».

قوله: وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ - أي: غير العرب - بِمُعْتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ، إلى آخره، وفي «المبسوط»: وإذا كانت الأم معتقة إنسان والأب حر مسلم نبطي لم يعتقه أحد، فالولد مولًى لموالي الأم في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وكذلك إن كان الأب والى رجلًا، وعند أبي يوسف رحمه الله في الفصلين لا يكون الولد مولًى لموالي الأم، ولكنه منسوب إلى قوم أبيه قال: وكيف ينسب إلى قوم أمه وأبوه حرٌّ له عشيرة وموالي، بخلاف ما إذا كان الأب عبدًا، وتقرير هذا من وجهين:

أحدهما: أن العبد رقيق بجميع أجزائه وماؤه جزء منه، فإنَّما تثبت الحرية لمائه باتصاله برحمها، فلهذا كان الولد مولًى لمواليها حتى يعتق الأب، وهذا المعنى معدوم إذا كان الأب حرًّا، ألا ترى أنه لو كان حرًّا عربيًّا كان الولد منسوبًا إلى قوم أبيه، ولا يكون مولًى لموالي أمه فكذلك إذا كان أعجميًّا؛ لأن العرب والعجم في حرية الأصل سواء.

والثاني: أن الرق تلفٌ حكمًا، وإذا كان الأب عبدًا كان حال هذا الولد في الحكم كحال من لا أب له، فيكون منسوبًا إلى موالي الأم، وهذا المعنى معدوم إذا كان الأب حرًّا؛ لأن الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن ولاء العتاقة ولاء نعمة، وهو قوي معتبر في الأحكام، والحرية والنسب في حكم العجم ضعيف، ألا ترى أن حريتهم تحتمل الإبطال بالاسترقاق، بخلاف حرية العرب؛ ولأن العجم ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ، ألا ترى أن تفاخرهم ليس بالنسب، ولكن تفاخرهم كان قبل الإسلام بعمارة الدنيا وبعد الإسلام بالدين، وإليه أشار سلمان رضي الله عنه حين قيل: سلمان ابن من؟ قال: سلمان ابن الإسلام، فإذا ثبتَ هذا الضعف في جانب الأب كان هذا وما لو كان الأب عبدًا سواءً.

وكذلك إن كان الأب مولى موالاة؛ لأن ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فوجوده كعدمه، فأمَّا إذا كان الأب عربيًّا فله النسب معتبَرًا، ألا ترى أن الكفاءة

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الأَبِ كَمَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًّا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَبْدًا لِأَنَّهُ هَالِكٌ مَعْنًى.

بالنسب تعتبر في حق العرب، ولا تعتبر في حق العجم، والأصل في النسبة النسب، فإذا كان في جانب الأب نسب معتبَرٌ أو ولاء قويٌّ كان الولد منسوبًا إليه، وإذا عدم ذلك كان الولد مولى لموالي الأم.

واستدل أبو يوسف رحمه الله بعربية تزوجها رجل من الموالي فولدت له ابنًا، فإن الولد ينسب إلى قوم أبيه دون قوم أمه، فكذلك إذا كانت معتقة؛ لأن كونها عربية وكونها معتقة سواءٌ، كما سوينا بينهما في جانب الأب.

ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرقا بينهما وقالا في الفرق: لأن العربية لم تجر عليها نعمة عتاق، ومعنى هذا أن الأم إذا كانت معتقة فالولد يُنسب إلى قومها بالولاء، والنسبة بالولاء قوية معتبرة شرعًا، وإذا كانت عربية فلو انتسب الولد إلى قومها إنما ينسب بالنسبة، والانتساب بالنسبة إلى الأم ضعيف جدًّا، وكذلك بواسطة الأم إلى أبيها حتى لا تستحق العصوبة بمثل هذا النسب، فلهذا رجحنا جانب الأب؛ لأن النسبة إليه بالنسب، وإن كان نسبه ضعيفًا يستحق به العصوبة.

قوله: وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ - أي: تزوج رجل مسلم من العجم لم يعتقه أحد، معتقة أحد من العرب - فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا، حتى لو ترك هذا الولد عمةً، أو خالةً، ومعتق أمته، فعندهما مال هذا الولد لمعتق أمه، أو عصبة معتق أمه بطريق الولاء، وعند أبي يوسف رحمه الله المال لذوي أرحامه بطريق الإرث.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ، فلا يكون له ولاء عتاقة، بل يورث ماله بين ذوي أرحامه.

قوله: كَمَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًّا، يعني: والأم معتقة لا يكون ولاؤه لموالي أمه.

قوله: لِأَنَّهُ هَالِكٌ مَعْنًى؛ لأنه غير مالك شيئًا؛ ولأن الرقَّ أثر الكفر والكفر موت.

وَلَهُمَا أَنَّ وَلاءَ العَتَاقَةِ قَوِيٌّ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ حَتَّى اُعْتُبِرَتِ الكَفَاءَةُ فِيهِ، وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ العَجَمِ ضَعِيفٌ فَإِنَّهُمْ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ وَلِهَذَا لَمْ تُعْتَبَرِ الكَفَاءَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ بِالنَّسَبِ، وَالقَوِيُّ لا يُعَارِضُهُ الضَّعِيفُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًّا؛ لِأَنَّ أَنْسَابَ العَرَبِ قَوِيَّةٌ مُعْتَبَرَةٌ فِي حُكْمِ الكَفَاءَةِ وَالعَقْلِ، كَمَا أَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِهَا فَأَغْنَتْ عَنِ الوَلاءِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الخِلَافُ فِي مُطْلَقِ المُعْتَقَةِ وَالوَضْعُ فِي مُعْتَقَةِ العَرَبِ وَقَعَ اتِّفَاقًا (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: نَبَطِيٌّ كَافِرٌ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةٍ كَافِرَةٍ ثُمَّ

قوله: وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ العَجَمِ ضَعِيفٌ، ألا ترى أن حريتهم تحتمل الإبطال بالاسترقاق.

قوله: الخِلَافُ فِي مُطْلَقِ المُعْتَقَةِ؛ لأن وضع المسألة في «المبسوط»: وإذا كانت الأم معتقة إنسان، والأب حر مسلم نبطي كما ذكرنا.

فإن قلتَ: ففي قوله: وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ العَجَمِ ضَعِيفٌ، في تعليلهما إيذان بأنَّهما إنَّما يرجحان ولاء العتاقة إذا كانت المعتقة معتقة العرب؛ لأن الوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، والنسب في حق العرب قوي، فكذلك معتقهم يحكي حكاية النسب وكان قويًّا، فيترجح حينئذٍ معتق العرب على المنسوب في العجم لا مطلق المعتق.

قلتُ: ذلك الضعف والقوة فيما إذا كان في جانب الأب، حتى أن الأب إذا كان عربيًّا والأم معتقة إنسان فولاء الولد لقوم الأب بالاتفاق، وأمَّا في حق جانب الأم فالقوة لمجرد كونها معتقة على نسب العجم، ألا ترى أنَّهما تعرضا لمطلق ولاء العتاقة بأنه قوي فقال لها: إن ولاء العتاقة قوي حتى ظهرت قوته بأن الناس يتفاخرون في العتاقة، فإن من له أب واحد في الحرية لا يكون كفوًا لمن له أبوان في الحرية، على ما مرَّ في النكاح، ولا يتفاخرون في حق الأنساب حتى لم يقل في حق النسب: إذا كان له أب واحد في الخلافة أو الإمارة لا يكون كفوًا لمن له أبوان فيها، بل هما سواء في الكفاءة، فعلم بهذا أنَّهما يرجحان مجرد ولاء العتاقة - سواء كان معتق العرب أو العجم - على نسب العجم، فيصح قوله: الخِلَافُ فِي مُطْلَقِ المُعْتَقَةِ.

أَسْلَمَ النَّبَطِيُّ وَوَالَى رَجُلًا ثُمَّ وَلَدَتْ أَوْلَادًا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أُمِّهِمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أَبِيهِمْ)؛ لِأَنَّ الوَلَاءَ وَإِنْ كَانَ أَضْعَفَ فَهُوَ مِنْ جَانِبِ الأَبِ فَصَارَ كَالمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنَ المَوَالِي وَبَيْنَ العَرَبِيَّةِ. وَلَهُمَا أَنَّ وَلَاءَ المُوَالَاةِ أَضْعَفُ حَتَّى يَقْبَلَ الفَسْخَ، وَوَلَاءُ العَتَاقَةِ لَا يَقْبَلُهُ، وَالضَّعِيفُ لَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَةِ القَوِيِّ، وَإِنْ كَانَ الأَبَوَانِ مُعْتَقَيْنِ فَالنِّسْبَةُ إِلَى قَوْمِ الأَبِ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا، وَالتَّرْجِيحُ لِجَانِبِهِ لِشَبَهِهِ بِالنَّسَبِ أَوْ لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِ أَكْثَرُ.

قَالَ: (وَوَلَاءُ العَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ،

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أَبِيهِمْ، وأجمعوا على أنَّهما لو كانا معتقين، أو كان الأب معتقاً والأم مولى الموالاة، أو كان الأب عربيًّا والأم معتقة كان الولد تبعًا للأب، لأبي يوسف رحمه الله أن الولاء بمنزلة النسب، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»، وفي حقيقة النسب يضاف إلى الأب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء.

ولهما أن ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة بوجهين:

أحدهما: من حيث الانفساخ وعدم الانفساخ على ما ذكر في الكتاب.

والثاني: من حيث التقدم والتأخر، فإن مولى العتاقة مقدم على ذوي الأرحام، ومولى الموالاة مؤخر عنهم، والأدنى لا يصلح معارضاً للأقوى، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان.

قوله: وَلَوْ كَانَ الأَبَوَانِ، أي: الوالدان.

قوله: لِشَبَهِهِ بِالنَّسَبِ، لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ».

التعصيب: جعل إنسان عصبة، ومنه قوله: وَالذَّكَرُ يُعَصِّبُ الأُنْثَى، أي: يجعلُها عصبة، كذا في «المغرب».

وَهُوَ أَحَقُّ بِالمِيرَاثِ مِنَ العَمَّةِ وَالخَالَةِ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّذِي

قوله: وَهُوَ أَحَقُّ بِالمِيرَاثِ مِنَ العَمَّةِ وَالخَالَةِ، أي: إن مولى العتاقة آخر العصبات، وهو مقدم على ذوي الأرحام وهو قول عليّ رضي الله عنه، وهو قولنا، وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول: هو مؤخر عن ذوي الأرحام.

فإن قلتَ: لو قال قائل: قد دلَّ الدليل على أنه مؤخر عن ذوي الأرحام كما قاله ابن مسعود رضي الله عنه، وذلك أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال للمعتق في معتَقه: «وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَدَعْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»، فقد شرط لتوريثه عدم الوارث، وذوو الأرحام من جملة الوارثين؛ ولأنه صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»، وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه، بل يخلفه عند عدمه فما جوابنا عنه؟

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن ما ذكر في الكتاب من حديث ابنة حمزة دال على ما قلنا، وهو ما روي: «أن ابنة حمزة أعتقت عبدًا فماتَ المعتَقُ وترك ابنة، فجعل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم نصف ماله لابنته، ونصفه لابنة حمزة، والباقي بعد نصيب صاحب الفرض للعصبة» فتبيَّن بهذا أن المعتق عصبة، ورد الباقي على صاحب الفرض عند عدم العصبة مقدم على حق ذوي الأرحام، والنبي صلَّى الله عليه وسلَّم لم يرد ما بقي على الابنة بل جعله للمعتقة، عرفنا أنَّها عصبة مقدمة على ذوي الأرحام.

وفي حديثه إشارة إلى هذا فإنه قال: «كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»، فتبيَّن بهذا اللفظ أن مراده: ولم يدع وارثـًا هو عصبته.

وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الولاء كالنسب»، دليلنا عند التحقيق؛ لأن المعتَق يضاف إلى المعتِق بالولاء من حيث أنه سبب لإحيائه، فإن الحرية حياة والرق تلف حكمـًا، فكان كالأب الذي هو المسبِّب لإيجاد الولد، فيستحق العصوبة بهذه الإضافة كما يستحق العصوبة بالأبوة، فأمَّا قرابة ذوي الأرحام فلا يستحق بها الإضافة على كل حال، والإنسان لايضاف إلى عمته وخالته حقيقةً، وكان مؤخرًا عن الولاء، وكان الولاء خلفـًا عن الأبوة في حكم الإضافة، فيستحق العصوبة، ثم تقدم العصبة على ذوي الأرحام، فكذلك يقدم مولى

اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ هُوَ أَخُوكَ وَمَوْلَاكَ، إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»، «وَوَرَّثَ ابْنَةَ حَمْزَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - عَلَى سَبِيلِ الْعُصُوبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ» وَإِذْ كَانَ عَصَبَةً تَقَدَّمَ عَلَى ذَوِي الأَرْحَامِ وَهُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَى مِنَ الْمُعْتِقِ)؛ لِأَنَّ الْمُعْتِقَ آخِرُ الْعَصَبَاتِ، وَهَذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا» قَالُوا: الْمُرَادُ مِنْهُ وَارِثٌ هُوَ عَصَبَةٌ بِدَلِيلِ الْحَدِيثِ الثَّانِي فَتَأَخَّرَ عَنِ الْعَصَبَةِ دُونَ ذَوِي الأَرْحَامِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَى) لِمَا ذَكَرْنَا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتِقِ)،

العتاقة على ذوي الأرحام، كذا في «المبسوط».

قوله: هُوَ أَخُوكَ، أي: من حيث الدين.

قوله: إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ؛ - لأنه ثبات له بمقابلة شكره في الآجلة ويستحق الثناء في العاجلة - وَشَرٌّ لَكَ؛ - لأنك حرمتَ عما يصل إليك من الثواب بسبب كفرانه - وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ؛ - لأن ثواب الكفران يصل إليك - وَشَرٌّ لَهُ؛ لأن عقاب الكفران يلزمه.

قوله: وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا، أي: وارثاً هو عصبته على ما ذكرنا، بدليل الحديث الثاني وهو حديث ابنة حمزة رضي الله عنهما.

قوله: فَهُوَ أَوْلَى، أي: العصبة من النسب أولَى.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَا، أي: لما ذكرنا من تأويل قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ».

تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ البَاقِي بَعْدَ فَرْضٍ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ عَلَى مَا رَوَيْنَا؛

قوله: تَأْوِيلُهُ - أي: تأويل قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ، - إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ البَاقِي، اعلم أن لهذه الجملة تأويلين:

أحدهما: معنى قوله: صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أي: ذو حال سوى حال الفرض كالأب والجد، فإن له حالًا سوى حال الفرض وهي العصوبة، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ البَاقِي، أي: أمَّا إذا كان هناك صاحب فرض له حال سوى حال الفرض كالأب له حال العصوبة فللأب الباقي بعد فرضه، فلا شيء للمعتق حينئذٍ.

والثاني: وهو الأوجه هو أن معنى قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ، أي: وكل ميراثه للمعتق، وَتَأْوِيلُهُ، أي: وتأويل قوله: كل مِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أي: ذو حال واحد، كبنت المعتق مثلًا، أَمَّا إِذَا كَانَ صاحب فرض ذو حال واحد كبنت المعتق، فَلَهُ البَاقِي، أي: فللمعتق الباقي، بَعْدَ فَرْضِهِ، أي: بعد فرض صاحب الفرض.

ففي التأويل الأول كان الضميران في: فَلَهُ البَاقِي، و: بَعْدَ فَرْضِهِ، راجعَيْن إلى قوله: صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ.

وفي التأويل الثاني كان الضمير في: فَلَهُ، راجعًا إلى المعتق المذكور في قوله: فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ، والضمير في قوله: بَعْدَ فَرْضِهِ، راجعًا إلى قوله: صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ.

وإنَّما قلنا: أن التأويل الثاني أوجه؛ لأنه علل قوله: فَلَهُ البَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِ، بقوله: لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ عَلَى مَا رَوَيْنَا، وهو إشارة إلى قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»، فهذا يقطع الحكم بصحة التأويل الثاني.

يقال: للقرابة والقبيلة ثبت النسبةُ.

وَهَذَا لِأَنَّ العَصَبَةَ مَنْ يَكُونُ التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيْتِ النِّسْبَةِ وَبِالمَوَالِي الِانْتِصَارُ عَلَى مَا مَرَّ وَالعَصَبَةُ تَأْخُذُ مَا بَقِيَ.

(فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى ثُمَّ مَاتَ المُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي المَوْلَى دُونَ بَنَاتِهِ، وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الوَلَاءِ إلَّا مَا أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ كَاتَبْنَ أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ) بِهَذَا اللَّفْظِ وَرَدَ الحَدِيثُ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَفِي آخِرِهِ «أَوْ جَرَّ وَلَاءَ مُعْتَقِهِنَّ» وَصُورَةُ الجَرِّ قَدَّمْنَاهَا، وَلِأَنَّ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ وَالقُوَّةِ فِي العِتْقِ مِنْ جِهَتِهَا فَيُنْسَبُ

وقوله: وَهَذَا، إشارة إلى قوله: فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ.

قوله: وَصُورَةُ الجَرِّ قَدَّمْنَاهَا، وهي ما ذكر من قوله: فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، إلى أن قال: جَرَّ الأَبُ وَلَاءَ ابْنِهِ.

وأمَّا صورة جر ولائه معتقهن فهي ما ذكره في «الذخيرة» فقال: صورته امرأة اشترت عبدًا وتزوج العبد بمعتقة قوم بإذن المرأة، فحدث له منها أولاد فولاء الولد يكون لموالي الأم؛ لأنه تعذَّر إثبات الولاء من جانب الأب لكون الأب عبدًا، فيثبت من جانب الأم، فلو أن المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد إلى نفسه، وجرت هي ذلك إلى نفسها؛ وهذا لأن الأصل في ولاء الولد الأب؛ لأن الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، وإنما يثبت من الأم ضرورة تعذر إثباته من جانب الأب لكونه عبدًا، فإذا أُعتق جر ولاء ولده إلى نفسه كما إذا أكذب الملاعن نفسه.

وصورة جر الولاء معتق المعتق: امرأة اشترت عبدًا وأعتقه، ثم إن هذا العبد المعتق اشترى عبدًا، ثم إن العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم وحدث له منها أولاد، فإن ولاء الأولاد لموالي الأم، فلو أن المعتق أعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده، ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه، ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها، فالأب يجر ولاء الولد إلى نفسه بالإجماع.

وأمَّا الجد هل يجر ولاء حافده؟ ففي ظاهر رواية أصحابنا لا يجر سواءٌ كان الأب حيًّا

بِالوَلَاءِ إِلَيْهَا وَيُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إِلَى مَوْلَاهَا، بِخِلَافِ النَّسَبِ لِأَنَّ سَبَبَ النِّسْبَةِ فِيهِ الفِرَاشِ، وَصَاحِبُ الفِرَاشِ إِنَّمَا هُوَ الزَّوْجُ، وَالمَرْأَةُ مَمْلُوكَةٌ لا مَالِكَةٌ، وَلَيْسَ حُكْمُ مِيرَاثِ المُعْتَقِ مَقْصُورًا عَلَى بَنِي المَوْلَى بَلْ هُوَ لِعَصَبَتِهِ الأَقْرَبُ

أو ميتاً، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه يجر.

وصورة ذلك عبد تزوج بمعتقة قوم وجاء له منها ولد، ولهذا العبد أبٌ حيّ فأعتق الأب بعد ذلك وبقي العبد عبدًا على حاله، ثم مات العبد وهو أب هذا الولد، ثم مات الولد ولم يترك وارثاً يجر ميراثه، كان ميراثه لموالي الأم، ولو جنى كان عقله على موالي الأم عند علمائنا، ولم يجر الوالد ولاء حافده إلى مواليه؛ وإنما كان كذلك لأنه تعذر إثبات الولاء من الجد؛ لما ذكرنا أن الولاء ألحق بالنسب شرعًا، والنسب إنما يثبت من الجد إذا ثبت من الأب، ألا ترى أن نسب ولد الزنا إذا لم يثبت من الزانِي لا يثبت من الجد، وهنا لا يثبت ولاء ولد الولد من أبيه؛ لكونه عبدًا فلا يثبت من جده.

قوله: وَيُنْسَبُ إِلَيْهَا - أي: إلى المرأة المعتقة - مَنْ يُنْسَبُ إِلَى مَوْلَاهَا، أي: إلى معتقها، يعنِي: أن المرأة كما ينسب إليها ولاء معتقها فكذلك ينسب إليها ولاء معتق معتقها.

قوله: بِخِلَافِ النَّسَبِ، أي: لا ينسب الولد إلى الأم، يعنِي أن ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء، ولا يثبت النسب من جانب النساء.

ووجه الفرق بالحديث والمعقول، أمَّا الحديث: فهو ما ذكرنا من حديث ابنة حمزة رضي الله عنهما، وقد ذكرناه فتبيَّن بذلك الحديث أن المرأة تكون عصبة لمعتقها.

وأمَّا المعقول: فهو أن سبب النسبة إلى الولاء إحداث قوة المالكية بالعتق، وقد يتحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل، بخلاف النسب فإن سببه وهو الفراش يثبت بالنكاح في الأصل، والمرأة لا تساوي الرجل في ملك النكاح؛ لأنَّها بصفة الأنوثة مملوكة نكاحًا فلا تكون مالكة نكاح، وإذا ثبتَ أنّها أصل في هذا الولاء كان ميراث معتقها لها، فكذلك ميراث معتق معتقها؛ لأن معتق المعتق بنسب إلى معتقه بالولاء وهي مثل الرجال في الولاء؛ لأن

فَالأَقْرَبُ؛ لِأَنَّ الوَلَاءَ لا يُورَثُ وَيَخْلُفُهُ فِيهِ مَنْ تَكُونُ النُّصْرَةُ بِهِ، حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى أَبًا وَابْنًا فَالوَلَاءُ لِلِابْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ أَقْرَبُهُمَا عُصُوبَةً، وَكَذَلِكَ الوَلَاءُ لِلْجَدِّ دُونَ الأَخِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ أَقْرَبُ فِي العُصُوبَةِ عِنْدَهُ. وَكَذَا الوَلَاءُ لِابْنِ الْمُعْتَقَةِ حَتَّى يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا لِمَا ذَكَرْنَا، إِلَا أَنَّ عَقْلَ جِنَايَةِ الْمُعْتَقِ

سببه العتق على ما بيناه، فتستوي هي بالرجل في استحقاق ذلك.

قوله: لِأَنَّ الوَلَاءَ لا يُورَثُ، أي: لا يجري في الولاء الإرث؛ لأنه لو كان استحقاق المال فيه بالإرث لكان للذكر مثل حظ الأنثيين كما في سائر المواريث، ولكن تجري فيه الخلافة، والخلافة إنما تتحقق بمن تحقق به النصرة، والنصرة إنما تكون بالابن دون الابنة، ألا ترى أن النساء لا يدخلن في المعاقلة عند تحمل الأرش، لعدم النصرة منهن.

قوله: حَتَّى لَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى أَبًا وَابْنًا، صورته ما ذكره في «المبسوط»: امرأة أعتقت عبدًا ثمَّ ماتت وتركت ابنها وأباها، ثم ماتَ العبد فميراثه للابن خاصة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع فقال: لأبيها السدس والباقي للابن، وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الأبوة تستحق بها كالبنوة، ألا ترى أن الأب عصبة عند عدم الابن، واستحقاق الميراث بالولاء يبتني على العصوبة، ووجود الابن لا يكون موجبًا حرمان الأب أصلًا عن الميراث، ألا ترى أنه لم يصر محرومًا عن ميراثها لهذا، فكذا عن ميراث معتقها، فهذا سبب الاستحسان من أبي يوسف رحمه الله.

وأمَّا القياس فما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن أقرب عصبة المعتق يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق، والابن هو العصبة دون الأب، واستحقاق الأب السدس منها بالفريضة دون العصوبة، فهو كاستحقاق الابنة نصف مالها بالفريضة مع الأب، وذلك لا يكون سببًا لمزاحمتها مع الأب في ميراث معتقها، فكذلك هاهنا.

قوله: وَكَذَا الوَلَاءُ لِابْنِ الْمُعْتَقَةِ حَتَّى يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا، وفي «المبسوط»: امرأة أعتقت عبدًا ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثمَّ مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن؛ لأنه

عَلَى أَخِيهَا لِأَنَّهُ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَتِهَا.

(وَلَوْ تَرَكَ الْمَوْلَى ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ) مَعْنَاهُ بَنِي ابْنٍ آخَرَ (فَمِيرَاثُ الْمُعْتَقِ لِلِابْنِ

أقرب عصباتها يقدم على الأخ بالإرث عنها، فكذلك في الخلافة في ميراث معتقها، وإن جنى جناية فعقله على عاقلة الأخ؛ لأن جناية معتقها كجنايتها، وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها، وابنها ليس من قوم أبيها، واستدل عليه بحديث إبراهيم عن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام رضي الله عنهما: «اختصما إلى عُمر رضي الله عنه في مولى لصفية بنت عبد المطلب مات، فقال علي: عمتي وأنا أرث مولاها وأعقل عنه، وقال زبير: أمي وأنا أرث مولاها، فقضى عمر بالميراث للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنهم.

وذكر في «الذخيرة»: وإذا مات المعتق ولم يترك إلا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر رواية أصحابنا، وميراث المعتق لبيت المال، وبعض مشايخنا كانوا يفتون في هذه المسألة بدفع المال إلى ابنة المعتق لا بطريق الإرث؛ بل لأنَّها أقرب إلى الميت من بيت المال، ألا ترى أنَّها لو كانت ذكرًا كان يستحق المال، وليس في زماننا بيت المال، وإنما كان بيت المال في زمن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، فإن لو صرف ذلك إلى سلطان الوقت أو القاضي فالظاهر أنَّهم لا يصرفون ذلك إلى مصارفه، وهكذا كان يفتي القاضي الإمام أبو بكر الزرنجري، والقاضي الإمام صدر الإسلام رحمهما الله.

وذكر القاضي الإمام عبد الواحد رحمه الله في «فرائضه»: أن الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لا يوضع في بيت المال اليوم؛ لما قلنا، بل يدفع إليهما؛ لأنَّهما أقرب إلى الميت من غيرهما، فكان الصرف إليهما أَوْلَى، وكذا الابن والابنة من الرضاع إذا لم يكن للميت غيرهما يصرف ماله إليهما.

ثم أن ولاء العتاقة كما يجري بين المسلمين فكذلك يجري بين الذميين، حتى أن ذميًّا إذا أعتق عبدًا ذميًّا كان ولاء العبد له؛ لأن الذمي يرث من الذمي بالنسب فكذلك بالولاء الذي هو لحمة كلحمة النسب، ويستوي أن يكون العبد والمولى يهوديين، أو نصرانيين، أو أحدهما يهوديًّا والآخر نصرانيًّا، وإن كان المعتق قد أسلم أو كان مسلماً في الأصل فميراثه

دُونَ بَنِي الِابْنِ؛ لِأَنَّ الوَلَاءَ لِلْكِبَرِ) هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - مِنْهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهُمْ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَجْمَعِينَ، وَمَعْنَاهُ القُرْبُ عَلَى مَا قَالُوا، وَالصُّلْبِيُّ أَقْرَبُ.

لبيت المال إذا لم يكن للمعتق عصبة من المسلمين، أمَّا إذا كان له عصبة من المسلمين فميراثه لعصبته وعقل المعتق عليه؛ لأنه تعذر إيجابه على بيت المال؛ لأن بيت المال ليس عاقلة مولاه فلا تكون عاقلته، وتعذر إيجابه على المعتق وعاقلته؛ لأن العقل إنما يكون بالتناصر، والتناصر في غير العرب إنما يكون باتفاق الملة فيتعين أن يكون عليه.

قوله: الوَلَاءَ لِلْكِبَرِ، أي: لأكبر أولاد المعتق، والمراد أقربهم نسبًا لا أكبرهم سنًّا، كذا في «المغرب».

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أي: الأقرب إلى الميت من حيث النسب، لا الكِبَر من حيث السن والعمر، ألا ترى أن المعتق إذا ماتَ وترك ابنين أكبر وأصغر ثم مات المعتق فالولاء بين الاثنين نصفان، لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب، ونوع من المعنى يدل عليه، وهو أن الولاء بعد موت المعتق إنما يستحق بالعصوبة لا بالفرض، فيستحقه أقرب العصبات إليه من حيث النسب لا الأكبر من حيث السن، كولاية النكاح لمَّا كانت تستحق بالعصوبة يستحقه أقرب العصبات إلى المرأة من حيث النسب، لا الأكبر من حيث السن، فكذا في الولاء، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ فِي وَلَاءِ المُوَالَاةِ

فصل في ولاء الموالاة

قد ذكرنا وجه المناسبة، وقدم ولاء العتاقة على الموالاة؛ لأن ولاء العتاقة أقوى؛ لأنه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الأحوال، بخلاف ولاء الموالاة، فإن للمولى فيه أن ينتقل فيه قبل العقل؛ ولأن الإحياء الحكمي وجد في ولاء العتاقة، ولم يوجد هو في ولاء الموالاة أصلًا؛ ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للإرث؛ ولأنه مقدم على ذوي الأرحام، بخلاف ولاء الموالاة.

فيحتاج هاهنا إلى بيان ولاء الموالاة لغةً، وشرعًا، وبيان شرائطه، وأحكامه.

أمَّا اللغة: فقد ذكرناها في ولاء العتاقة بأن الولاء مشتق من الولي وهو القرب فسمي به؛ لأن المولى الأسفل وهو الكافر الذي أسلم يقرب نفسه وماله إلى المولى الأعلى الذي هو المسلم الأصلي بعقد الموالاة معه.

وأمَّا بيانه شرعًا: فقد ذكر في «الذخيرة»: هو أن يسلم الرجل على يدي رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره: واليتُك على أنّي إن متُّ فميراثي لك، وإن جنيتُ فعقلي عليك وعلى عاقلتك، وقبل الآخر منه، فهذا هو تفسير ولاء الموالاة.

وأمَّا شرائطه فثلاث:

(١) أحدها: أن يكون مجهول النسب، بأن لا ينسب هو إلى غيره، أمَّا نسبة غيره إليه فغير مانع.

(٢) والثانية: أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد أو بيت مال، وقد عقل عنه.

قَالَ: (وَإِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالاهُ عَلَى أَنْ يَرِثُهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ أَوْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ وَوَالاهُ فَالوَلاءُ صَحِيحٌ وَعَقْلُهُ عَلَى مَوْلاهُ، فَإِنْ مَاتَ وَلا وَارِثَ لَهُ

(٣) والثالثة: أن لا يكون عربيًّا، إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي رحمه الله وغيره.

وأمّا أحكامه: فهي أنه إذا جنى الأسفل جناية فعقله على عاقلة المولى الأعلى، وإن مات الأسفل يرثه الأعلى، وإذا مات الأعلى لا يرث الأسفل منه، إلا إذا شرط ميراث المولى الأعلى لنفسه، ويدخل في هذا العقد أولاده الصغار ومن يولد له بعد ذلك، فإن كبر بعض الأولاد وأراد فسخ العقد لم يكن له إن كان عقل عن أحدهم إلا برضاء المولى، وقبل أن يعقل عنه له الفسخ، وليس كذلك سائر العقود الذي يلي الأب على الصغير؛ لأنه عقد ضمان، ولا يثبت هذه الأحكام بمجرد الإسلام بدون عقد الموالاة، كذا في «الذخيرة»، و «الجامع الصغير» للإمام التّمرتاشي رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: والإسلام على يديه ليس بشرط لصحة عقد الموالاة، وإنما ذكر على سبيل العادة، وسواء أسلم على يديه، أو أتاه مسلماً وعاقده عقد الولاء كان مولى له، وكذا الإسلام على يديه ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة، إلا على قول الروافض، فإنّهم يقولون بمجرد الإسلام على يديه يكون مولًى له؛ لأنه أحياه بإخراجه من ظلمة الكفر؛ لأن الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو كما لو أحياه بالعتق، وعلى هذا يزعمون أن الناس مولى علي رضي الله عنه وأولاده، فإن السيف كان بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته، وهذا باطل عندنا، فإن الله تعالى هو الذي أحياه بالإسلام بأن هداه لذلك، وبيانه في قوله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢]، أي: كافرًا فرزقناه الهدى، وقال الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧]، يعني: بالإسلام، فدل أن المنعم بالإسلام هو الله تعالى، فلا يجوز أن يضاف ذلك إلى الذي عرض عليه الإسلام؛ لأنه بما صنع نائب عن الشرع مباشر لما يحق عليه لله تعالى، فهو في حقه كغيره من المسلمين لا يكون مولًى له ما لم يعاقده عقد الولاء.

ثم من أين لهم هذا التحكم أن أكثر الناس أسلموا من هيبة علي رضي الله عنه، وهو

غَيْرُهُ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: المُوَالاةُ لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ بَيْتِ المَالِ وَلِهَذَا لا يَصِحُّ فِي حَقِّ وَارِثٍ آخَرَ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ عِنْدَهُ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ المَالِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي وَارِثٌ لِحَقِّ بَيْتِ المَالِ وَإِنَّمَا يَصِحُّ فِي الثُّلُثِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] وَالآيَةُ فِي المُوَالاةِ. «وَسُئِلَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ آخَرَ وَوَالاهُ فَقَالَ: هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتَهُ» وَهَذَا يُشِيرُ إِلَى العَقْلِ وَالإِرْثِ فِي الحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ، وَلِأَنَّ مَالَهُ حَقُّهُ فَيَصْرِفُهُ إِلَى حَيْثُ شَاءَ،

كان صغيرًا حين أسلم الكبار من الصحابة، فأبو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا مقدمين عليه في أمور القتال وغير القتال، لا يخفى ذلك على من يتأمل في أحوالهم، ولكن الروافض قوم بهت لا يحترزون عن الكذب، بل بناء مذهبهم على الكذب.

قوله: فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَى، أي: للمولى الأعلى وهو المسلم الأصلي، وأمَّا إذا مات الأسفل والأعلى ميت فميراثه لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى كما في ولاء العتاقة، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: المُوَالاةُ لَيْسَ بِشَيْءٍ، أي: ليس بشيء موجب للإرث والعقل، والشافعي رحمه الله أخذ بقول الشعبي، فإنه كان يقول: لا ولاء إلا ولاء ذي نعمة، يعني العتاق، ونحن أخذنا بقول إبراهيم النخعي رحمه الله، لحديث أبي الأشعث: «حيث سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن رجل أسلم على يديه ووالاه فماتَ وترك مالًا، فقال عُمر رضي الله عنه: ميراثه لك، فإن أبيتَ فلبيت المال»، وهكذا أيضًا رُوي عن ابن عباس، وابن مسعود رضي الله عنهم، وأيَّد أقاويل الصحابة حديث تميم الداري رضي الله عنه: «قال: سألتُ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم عن الرجل يسلم على يدي الرجل» إلى آخره، على ما هو المذكور في الكتاب.

قوله: فِي الحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ، أي: في محياه عقلًا وفي مماته إرثًا.

وَالصَّرْفُ إِلَى بَيْتِ المَالِ ضَرُورَةُ عَدَمِ المُسْتَحِقِّ لا أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَمَّةٌ أَوْ خَالَةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ)؛ لِأَنَّ المُوَالاةَ عَقْدُهُمَا فَلا يَلْزَمُ غَيْرُهُمَا، وَذُو الرَّحِمِ وَارِثٌ، وَلا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الإِرْثِ وَالعَقْلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ بِالإِلتِزَامِ وَهُوَ بِالشَّرْطِ، وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ لا يَكُونَ المَوْلَى مِنَ العَرَبِ؛ لِأَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِالقَبَائِلِ فَأَغْنَى عَنِ المُوَالاةِ.

قوله: لا أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ؛ لأن ورثة بيت المال مجهولة أعيانهم، والمجهول لا يصلح أن يكون مستحقًا لما عرف في مصارف الصدقات.

قوله: وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَمَّةٌ أَوْ خَالَةٌ، أي: لا يكون لمولى الموالاة شيءٌ.

فإن قيل: كان ينبغي أن يكون للمولى الثلث، كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف فيصح في الثلث؛ لأنه خالص حقه يملك وضعه فيمن شاء.

قلنا: نعم ولكنه بعقد الولاء ما وضع شيئًا من ماله فيه، وإنما جعله وارثًا عنه، وفي سبب الوارثة ذو القرابة يترجح؛ لأن الإرث بالقرابة أقوى؛ لأن القرابة متفق على ثبوتها شرعًا وإن اختلفوا في الإرث بها، وعقد الولاء مختلفٌ في ثبوته شرعًا، ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي، فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال، أعني بسبب الإرث، بخلاف الوصية بالثلث، فإنها خلافة في المال مقصودًا، يُوضحه: أن التملك بالوصية غير التملك بالإرث، ألا ترى أن الموصى له لا يرد بالعيب، ولا يصير مغرورًا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث، فلا يمكن جعل الثلث له لا بطريق الوصية؛ لأنه ما أوجب له ذلك، ولا بطريق الإرث ليترجح استحقاق القريب عليه.

قوله: وَلا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الإِرْثِ وَالعَقْلِ، أي: في عقد ولاء الموالاة بأن يقول: واليتك على أن ترثني وتعقل عنِي، كما ذكر في الكتاب وهو قوله: وَوَالاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ.

قَالَ: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ، وَكَذَا لِلْأَعْلَى أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنْ وَلَائِهِ لِعَدَمِ اللُّزُومِ، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ قَصْدًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَقَدَ

ثم اعلم أن شرط الإرث والعقل كما هو مشروط لفظًا على ما ذكرنا، فكذلك مشروط وجودًا، فإن من شرط إرث المولى الأعلى من الأسفل هو أن لا يكون للأسفل وارث بالقرابة كما ذكر، ومن شرط العقل أن يكون المولى الأعلى عاقلًا بالغًا حرًّا، فإن موالاة الصبي باطلة، يعني إذا أسلم على يدي صبي ووالاه؛ لأنه بالعقد يلتزم نصرته في الحال والصبي ليس من أهل النصرة، ولهذا لا يدخل في العاقلة وهو ليس من أهل الإلتزام أيضًا، بخلاف ما إذا أسلم على يدي امرأة ووالاها؛ لأن المرأة من أهل الإلتزام بالعقد، ومن أهل اكتساب سبب الولاء بالعتق فكذلك بالعقد، وكذلك لو والى رجل عبدًا لم يجز إلا أن يكون بإذن المولى، فحينئذٍ يكون مولى له؛ لأنه عقد التزام للنصرة والعبد لا يملكه بنفسه إلا بإذن مولاه، فإن كان بإذنه فحينئذٍ يكون عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى، كما لو أعتق عبدًا من كسبه بإذن مولاه؛ وهذا لأن المقصود النصرة، أو الميراث بعد الموت، ونصرة العبد لمولاه، وهو ليس بأهل للملك بالإرث، فلهذا يجعل المولى خلفًا عنه فيما هو حكم هذا العقد، وإن والى صبيًّا بإذن أبيه أو وصيته يجوز؛ لأن عبارة الصبي إذا كان يعقل معتبرة في العقود، والتزامه بالعقد بإذن وليه صحيح فيما لا يكون محض مضرة كالبيع والشراء؛ ولأنه أهل لولاء العتاقة بنفسه إذا صحَّ سببه، ألا ترى أنه إذا ورثَ قريبه يعتق عليه ويكون مولى له، فكذلك حكم ولاء الموالاة بخلاف العبد، هذا كله من «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذَا - أي: في فسخ عقد الموالاة - أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ الْوَكِيلِ، فإن قلتَ: معنى اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر، وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل على ما مرَّ في الوكالة، فما معنى شرط توقف الفسخ هاهنا إلى حضرة كل واحد من المولى الأعلى والأسفل.

الأَسْفَلُ مَعَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ العَزْلِ الحُكْمِيِّ فِي الوَكَالَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ)؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ،

قلتُ: هاهنا أيضاً وجهان من المعنى:

أحدهما: ما اختاره في «المبسوط» وقال: إن تمكن كل واحد منهما من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم بنفسه، لا باعتبار أنه غير منعقد بنفسه، ثم في فسخ أحدهما إلزام الآخر حكم الفسخ في عقد كان منعقدًا في حقه، فلا يكون إلا بمحضر منه لما عليه من الضرر إن لو ثبت حكم الفسخ في حقه قبل علمه، وهو نظير الخطاب بالشرعيات، فإنه لا يظهر حكم الخطاب في حق من لا يعلم به لدفع الضرر، فجعل نفس إلزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضررًا؛ لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد، وهو إبطال العقد فكان ضررًا فلا يجوز بدون العلم.

والثاني: ما ذكره في «الذخيرة» من الضرر بطريق التفصيل فقال: فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضرارًا بصاحبه، أمَّا إذا كان الفسخ من الأسفل؛ فلأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثًا له، فيتصرف فيه فيصير مضمونًا عليه، وأمَّا إذا كان الفسخ من الأعلى؛ فلأن الأسفل ربما يعتق عبيدًا على حساب أن عقل عبيده على مولاه، ولو صح فسخ الأعلى يجبُ العقل على الأسفل بدونه علمه فيتضرر، ولأجل هذا المعنى شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله في المشروط له الخيار أن يكون الفسخ بمحضر من صاحبه حتى يصح الفسخ.

قوله: لِأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ العَزْلِ الحُكْمِيِّ فِي الوَكَالَةِ، فإن عزل الوكيل حال غيبته لا يصحّ مقصودًا ويصح حكماً، كعتق العبد الذي وكله ببيعه.

فإن قيل: لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الأول؟

قلنا: لأن الولاء كالنسب، والنسب مادام ثابتًا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره

وَلِأَنَّهُ قَضَى بِهِ القَاضِي، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عِوَضٍ نَالَهُ كَالعِوَضِ فِي الهِبَةِ، وَكَذَا لا يَتَحَوَّلُ وَلَدُهُ، وَكَذَا إِذَا عَقَلَ عَنْ وَلَدِهِ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتَحَوَّلَ؛ لِأَنَّهُمْ فِي حَقِّ الوَلَاءِ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ. قَالَ: (وَلَيْسَ لِمَوْلَى العَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا)؛ لِأَنَّهُ لَازِمٌ، وَمَعَ بَقَائِهِ لا يَظْهَرُ الأَدْنَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

فكذلك الولاء، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول، كذا في «المبسوط».

قوله: وَكَذَا لا يَتَحَوَّلُ وَلَدُهُ، أي: لا يتحول ولده إلى غيره بعد الكبر؛ لأن ولاء الأب تأكد بعقل الجناية، وتأكد التبع بتأكد الأصل، فكما ليس للأب أن يتحول عنه بعدما عقل جنايته، فكذلك ليس لولده ذلك إذا كبر، كذا في «المبسوط»، والله تعالى أعلم، وصلى الله تعالى على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الإِكْرَاهِ

كتـابُ الإكراه

لمَّا ذكر كتاب الولاء، وأقوى الولائين ولاء العتاقة، وهو من آثار العتق، والعتق من المواضع التي لا يؤثر فيها الإكراه؛ أو لأنه لمَّا ذكر ولاء العتاقة لمناسبة كتاب المكاتب، وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لما ذكرنا؛ لاقَ إيراد كتاب الإكراه لمناسبة ولاء الموالاة؛ إذ في كل منهما يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل، فإن بالإكراه يتغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع، فكذلك بعقد ولاء الموالاة يتغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بالإرث إلى حله.

اعلم أن المراد من بيان الإكراه، والغصب، والجنايات، بيان أحكامها.

ثم محاسن حكم الإكراه ظاهرة؛ إذ ببيان حكم الإكراه يتبيَّن غاية أثر رأفة الله تعالى في حق العباد، حيث لا يؤاخذ عباده بسبب الإكراه الصادر من أهل العناد بمباشرتهم فيما لا ترتفع حرمته أبد الآباد، بل جعل المباشرة في بعض مواضع الحرمات من فروض الديانات، وصيَّر مباشرتها بمنزلة مباشرة الحلال الأصلي وإن كانت في أصلها من المحظورات، وذلك كله دليل على عموم رأفته وشمول رحمته.

فنحتاج هاهنا إلى بيان الإكراه لغةً، وشرعًا، وشرطه، وحكمه، وأنواعه.

أمَّا لغةً: فإن الإكراه عبارة عن حمل إنسان على شيءٍ يكرهه، يقال: أكرهتُ فلانا إكراهًا، أي: حملتُه على أمر يكرهه.

....

وأمَّا شرعًا: فقد ذكر في «المبسوط»: الإِكْرَاهَ اسْمٌ لِفِعْلٍ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ بِغَيْرِهِ فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكرَه، أو يسقط عنه الخطاب؛ لأن المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب.

وذكر في «الإيضاح»: الإكراه فعل يوجد من المكره، فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعًا إلى الفعل الذي طُلب منه.

وذكر في «الوافي»: الإكراه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدَّده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضاء، ولكَ أن تختار من هذه الثلاث أيّتها شئتَ.

وأمَّا شرطه: فأن يكون الإكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو إكراه صحيح شرعـًا، والاختلاف على هذا الوجه مذكور في الإكراه في الزنا.

وأمَّا حكمه: فالإكراه متى حصل بوعيد تلف على فعل من الأفعال نقل الفعل من المكرَه إلى المكرِه فيما يصلح أن يكون المكرَه آلة للمكرِه فيه، فصار كأن المكرِه فعلَ ذلك بنفسه، ومتى حصل الإكراه بوعيد تلف على قول من الأقوال، إن كان قولًا يستوي فيه الجد والهزل كالطلاق والعتاق، فحكمه أن المكره يعتبر آلة للمكرِه في حق الإتلاف، وينتقل الإتلاف إلى المكره، وفي حق التلفّظ الذي لا يصلح أن يكون المكره آلة يعتبر مقصودًا على المكره، ولهذا كان الولاء للمكره في فصل العتق، ويرجع بالضمان على المكره، وإن كان قولًا لا يستوي فيه الجد والهزل كالبيع، والإجارة، والإقرار، فحكم الإكراه فساد ذلك القول.

وكذلك إذا كان قولًا يستوي فيه الجد والهزل إلا أنه لا يتعلق ثبوته باللفظ، فحكم الإكراه فساده حتى لا يصح دون المكره ولا يتعلق ثبوتها باللفظ، حتى أن من قصد أن يكفر والعياذ بالله فقبل أن يقر به كان كافرًا، هذا إذا حصل الإكراه بوعيد تلف، وإن حصل الإكراه بالحبس والتقييد على فعل من الأفعال فلا حكم له، ويجعل كأنه فعل ذلك الفعل بغير إكراه، ومتى حصل الإكراه بالحبس والتقييد على قول إن كان قولًا لا يستوي فيه الجد والهزل

....

فحكمه فساد ذلك القول، وإن كان قولًا يستوي فيه الجد والهزل فلا حكم له، ويجعل كأن المكره باشر ذلك باختياره.

وأمَّا أنواعه: فالإكراه في أصله على نوعين:

إمَّا أن كان ملجئًا أو غير ملجئ، فالإكراه الملجئ هو الإكراه بوعيد تلف النفس، أو الوعيد بتلف عضو من الأعضاء، فهو معتبر شرعًا، سواء حصل الإكراه على القول أو على الفعل، والإكراه الذي هو غير ملجئ هو الإكراه بالحبس والتقييد، فإن حصل ذلك الإكراه على فعل من الأفعال فهو غير معتبر شرعًا، ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه.

وإن حصل على قول من الأقوال، إن كان قولًا يستوي فيه الجد والهزل فهو غير معتبر شرعًا، ويجعل كأن المكره فعل ذلك من غير إكراه، وإن كان قولًا لا يستوي فيه الجد والهزل فهو إكراه معتبر شرعًا، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

وذكر في «شرح الأقطع»: أن الإكراه يعتبر فيه أربع شرائط:

(١) صفة في المكره: وهو أن يكون قادرًا على إيقاع ما توعد به، ولهذا يستوي فيه السلطان وغيره.

(٢) وصفة المكرَه: وهو أن يغلب على ظنه أن المكره يوقع ما توعد به، فإن غلب على ظنه أن لا يفعل به لم يكن مكرهًا.

(٣) وصفة ما توعد به: فتارة يتوعد بالقتل، أو بإتلاف عضو، وتارة بالحبس أو القيد وقد ذكرناه.

(٤) وصفة ما أكره على إيقاعه: فتارة يكون لحق الله تعالى، وتارة يكون لحق المكره، وتارة يكون لحق آدمي آخر.

وذكر في «المبسوط» هذا المعنى بعبارة أخرى فقال: ثم في الإكراه يعتبر معنى في المكرِه، ومعنى في المكرَه، ومعنى فيما أكره عليه، ومعنى فيما أكره به.

(١) فالمعتبر في المكره تمكنه من إيقاع ما هدد به، فإنه إذا لم يكن متمكنًا من ذلك

قَالَ: (الإِكْرَاهُ يَثْبُتُ حُكْمُهُ إِذَا حَصَلَ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَى إِيقَاعِ مَا تَوَعَّدَ بِهِ سُلْطَانًا كَانَ أَوْ لِصًّا)؛ لِأَنَّ الإِكْرَاهَ اسْمٌ لِفِعْلٍ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ بِغَيْرِهِ فَيَنْتَفِي بِهِ رِضَاهُ أَوْ يَفْسُدُ

فإكراهه هذيان، (٢) وفي المكره أن يكون خائفاً على نفسه من جهة المكره في إيقاع ما هدد به عاجلًا؛ لأنه لا يصير ملجأً محمولًا طبعًا إلا بذلك، (٣) وفيما أكره به أن يكون متلفًا، أو مزمناً، أو متلفاً عضوًا، أو موجبًا عمًّا ينعدم الرضاء باعتباره، (٤) وفيما أكره عليه أن يكون المكره ممتنعًا عنه قبل الإكراه، إمَّا لحقه، أو لحق آدمي آخر، أو لحق الشرع، وبحسب اختلاف هذه الأحوال يختلف الحكم في الكتاب لتفصيل هذه الجملة، وقد ابتلي محمد رحمه الله بسبب تصنيف هذا الكتاب[1] على ما حُكي عن ابن سماعة رحمه الله قال:

لمَّا صنَّف هذا الكتاب سعى به بعض حُسَّاده وقال: إنه صنَّف كتاباً سمَّاك فيه لصًّا غالباً، فاغتاظ لذلك وأمر بإحضاره، فأتاه الشخص وأنا معه فأدخله على الوزير أوَّلًا في حجرته، فجعل الوزير يعاتبه في ذلك وأنكره محمد رحمه الله أصلًا، فلمَّا علمت السبب أسرعت الرجوع إلى داره وتسوَّرت حائط بعض الجيران؛ لأنَّهم كانوا سمروا على بابه فدخلت داره وفتشت الكتب حتى وجدت كتاب الإكراه فألقيته في جبّ في الدار؛ لأن الشُّرط أحاطوا بالدار قبل خروجي منها، فلم يمكنني أن أخرج واختفيتُ في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه إلى دار الخليفة بأمر الوزير، ففتشوه فلم يجدوا شيئاً ممَّا ذكره الساعي لهم، فنَدِم الخليفة على ما صنع به واعتذر إليه وردَّه بجميل، فلمَّا كان بعد أيام أراد محمد رحمه الله أن يعيد تصنيف الكتاب فلم يجبه خاطره إلى مراده، فجعل يتأسف على ما فاته من هذا الكتاب، ثم أمر بعض وكلائه أن يأتِيه بعامل يُنقى البير؛ لأن مائها قد تغيَّر، فلمَّا نزل العامل في البير وجد هذا الكتاب على آجره، أو حجر نشأ من طين البير، فسُرَّ محمد رحمه الله بذلك، وكان يخفي الكتاب زماناً ثم أظهره، فعُدَّ هذا من مناقب محمد رحمه الله.

قوله: تَوَعَّدَ بِهِ، أي: خوَّفه كذا في «الديوان».

قوله: يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ - أي: المكرِه بكسر الراء - **بِغَيْرِهِ** - أي: بالمكرَه بفتح الراء -

(١) أي: ابتلي الإمام محمد بن الحسن الشيباني بسبب تصنيف كتاب الإكراه في كتابه «المبسوط».

بِهِ اخْتِيَارُهُ مَعَ بَقَاءِ أَهْلِيَّتِهِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ إِذَا خَافَ المُكْرَهُ تَحْقِيقَ مَا تَوَعَّدَ بِهِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ القَادِرِ وَالسُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ سِيَّانِ عِنْدَ تَحَقُّقِ القُدْرَةِ، وَالَّذِي قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِنَّ الإِكْرَاهَ لا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مِنَ السُّلْطَانِ لِمَا أَنَّ المَنَعَةَ لَهُ وَالقُدْرَةُ لا تَتَحَقَّقُ بِدُونِ المَنَعَةِ. فَقَدْ قَالُوا هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ لا اخْتِلَافُ حُجَّةٍ وَبُرْهَانٍ، وَلَمْ تَكُنِ القُدْرَةُ فِي زَمَنِهِ إِلَّا لِلسُّلْطَانِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ تَغَيَّرَ الزَّمَانُ وَأَهْلُهُ، ثُمَّ كَمَا تُشْتَرَطُ قُدْرَةُ المُكْرِهِ لِتَحَقُّقِ الإِكْرَاهِ يُشْتَرَطُ خَوْفُ المُكْرَهِ وُقُوعَ مَا يُهَدِّدُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ لِيَصِيرَ بِهِ مَحْمُولًا عَلَى مَا دُعِيَ إِلَيْهِ مِنَ الفِعْلِ.

قَالَ: (وَإِذَا أُكْرِهَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ مَا لَهُ أَوْ عَلَى شِرَاءِ سِلْعَةٍ أَوْ عَلَى أَنْ يُقِرَّ لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ أَوْ يُؤَاجِرَ دَارِهِ فَأُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِالقَتْلِ أَوْ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ أَوْ بِالحَبْسِ فَبَاعَ أَوِ اشْتَرَى فَهُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَى البَيْعَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ وَرَجَعَ بِالمَبِيعِ) لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ العُقُودِ التَّرَاضِي، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وَالإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يُعْدِمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ أَوْ قَيْدِ يَوْمٍ لِأَنَّهُ لا يُبَالِي بِهِ بِالنَّظَرِ إِلَى العَادَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ

فَيَنْتَفِي بِهِ، أي: بالفعل.

قوله: أَوْ بِالحَبْسِ، أي: بالحبس الممتد، فإن حكم الحبس بيوم يجيء.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ أَوْ حَبْسِ يَوْمٍ، أي: حينئذٍ لا يكون مكرهًا في البيع أيضـًا، حتى لو أكرهه على البيع بضرب سوط فباعه يكون بيعه صحيحًا.

قوله: لِأَنَّهُ لا يُبَالِي بِهِ بِالنَّظَرِ إِلَى العَادَةِ، وذلك أن الجهال يتهازلون فيما بينهم بضرب

بِهِ الإِكْرَاهُ إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَضِرُّ بِهِ لِفَوَاتِ الرِّضَا، وَكَذَا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ لِتَرَجُّحِ جَنبَةِ الصِّدْقِ فِيهِ عَلَى جَنبَةِ الكَذِبِ، وَعِنْدَ الإِكْرَاهِ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَكْذِبُ لِدَفْعِ المَضَرَّةِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ مُكْرَهًا وَسَلَّمَ مُكْرَهًا يَثْبُتُ بِهِ المِلْكُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَثْبُتُ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مَوْقُوفٌ عَلَى الإِجَازَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَجَازَ جَازَ وَالمَوْقُوفُ

سوط أو سوطين، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ صَاحِبَ مَنْصِبٍ، هذا استثناء عن قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أُكْرِهَ بِضَرْبِ سَوْطٍ، يعني: إلا إذا كان المكره رجلًا صاحب منصب، أي: صاحب عزّ ومرتبة كالقاضي وعظيم البلدة، فحينئذٍ يكون بيعه بالإكراه بضرب سوط أو حبس يوم بيع مكره، فكان فاسدًا كما في بيع المكره بالقتل.

وقوله: وَكَذَا الإِقْرَارُ، معطوف على قوله: وَالإِكْرَاهُ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يُعْدِمُ الرِّضَا فَيَفْسُدُ، أي: والإقرار أيضًا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء؛ وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه.

قوله: لِتَرَجُّحِ جَنبَةِ الصِّدْقِ، إلى آخره، يعني: أن الإقرار بالإكراه بالضرب الشديد، أو بالحبس الممتد ليس بإقرار، وأمَّا إذا أكرهه على الإقرار بضرب سوط، أو حبس يوم فأقرَّ فهو إقرار كما في البيع، وقد ذكرنا أن الإكراه بالضرب والحبس في حق الأقوال التي لا يستوي الجد والهزل، كالبيع والإقرار إكراه.

أمَّا إذا أكرهه بضرب سوط، أو حبس يوم فلا يكون إكراهًا في جميع الصور، إلا إذا كان صاحب منصب كما ذكرنا.

وذكر في «الذخيرة»: ولو هدده بضرب سوط، أو حبس يوم ليقر لفلان بألف درهم، فأقرَّ فهذا إقرار مكره قياسًا، وفي الاستحسان هذا إقرار طائع؛ لأن الإنسان لا يلتزم ضرر ألف درهم بحبس يوم، أو قيد يوم، فيترجح جانب الطواعية في هذه الصورة.

قال محمد رحمه الله: وليس في ذلك تقدير لازم، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم؛ لأن أحوال الناس في ذلك متفاوتة، فالشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب

قَبْلَ الإِجَازَةِ لا يُفِيدُ المِلْكَ، وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ وَالفَسَادُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ التَّرَاضِي فَصَارَ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ المُفْسِدَةِ فَيَثْبُتُ المِلْكُ

سوط واحد، وعن حبس يوم واحد أكثر ممَّا يستنكف غيرهم عن ضرب أسواط أو حبس أيَّام، فلذلك لم يقدر في ذلك تقديرًا، بل فوَّضه إلى رأي القاضي ليبني الأمر على حال من ابتلي به.

وعن هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله: أن هذا ما ذكر محمد رحمه الله من الجواب أن هذا إقرار طواعية، فذلك في حق أوساط الناس، وفي حق السرقة، أمَّا إذا كان الرجل من أشراف الناس بحيث يستنكف أن يضرب بسوط واحد على ملاءٍ من الناس، أو يقرك أذنه في مجلس السلطان فإنه يكون مكرهًا؛ لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم على ما يلحقه من الهوان والذل بهذا القدر من الحبس.

قوله: وَلَنَا أَنَّ رُكْنَ البَيْعِ، وهو الإيجاب والقبول.

قوله: مِنْ أَهْلِهِ، وهو المالك العاقل.

قوله: إِلَى مَحَلِّهِ - وهو المال - وَالفَسَادُ لِفَقْدِ شَرْطِهِ، - أي: شرط الجواز - وَهُوَ التَّرَاضِي، فكان البيع فاسدًا.

وإنما قلنا: أن التراضي شرط الجواز، قال الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩]، وتأثير انعدام شرط الجواز في إفساد العقد لا في غيره، كانعدام المساواة في باب الربا؛ فإن المساواة في الأموال الربوية شرط جواز العقد، فإذا انعدمت المساواة كان العقد فاسدًا، فكذا هنا.

بخلاف البيع بشرط الخيار، فإن شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط، والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط.

أو نقول: لمَّا وُجد أصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالكره، وكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق، إلا أن الشارع شرط للحل شرطًا زائدًا وهو التَّراضي، ونهانا بدونه عن التجارة، فكان بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه، فلا يصير به البيع غير مشروع، كما نهانا عن بيع

عِنْدَ القَبْضِ، حَتَّى لَوْ قَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ نَقْضُهُ جَازَ، وَيَلْزَمُهُ القِيمَةُ كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ وَبِإِجَازَةِ المَالِكِ يَرْتَفِعُ المُفْسِدُ وَهُوَ الإِكْرَاهُ وَعَدَمُ الرِّضَا فَيَجُوزُ إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ اسْتِرْدَادِ البَائِعِ وَإِنْ تَدَاوَلَتْهُ الأَيْدِي وَلَمْ يَرْضَ البَائِعُ بِذَلِكَ بِخِلَافِ سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ فِيهَا لِحَقِّ الشَّرْعِ وَقَدْ تَعَلَّقَ بِالبَيْعِ الثَّانِي حَقُّ العَبْدِ وَحَقُّهُ مُقَدَّمٌ لِحَاجَتِهِ، أَمَّا هَاهُنَا الرَّدُّ لِحَقِّ العَبْدِ وَهُمَا سَوَاءٌ فَلَا يَبْطُلُ حَقُّ الأَوَّلِ لِحَقِّ الثَّانِي.

الحنطة بالحنطة إلا بشرط المماثلة، وأنه زائد على ما يتم به البيع فكان نَهيًا لمعنى في غيره، فلم يجعل المنهي عنه غير مشروع، بل وقع فاسدًا لعدم شرط الجواز الزائد شرعًا، فكذا هنا، فلم يبق الفرق بين هذا النهي وبين النهي عن بيع الربا، إلا أن ما تتعلق به الحُرمة هناك اتصل بالمبيع وصفًا وهاهنا اتصل بالبائع، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ نَقْضُهُ، - كالتدبير والاستيلاد - جَازَ، - أي: تصرف المشتري، وكذلك الحكم في الهبة - وَيَلْزَمُهُ القِيمَةُ، أي: ويلزم المشتري القيمة.

وفي «الذخيرة»: وكان له - أي: للمالك - الخيار في حق تضمين القيمة، إن شاء ضمن المكره قيمته يوم سلم إلى المشتري والموهوب له، وإن شاء ضمن المشتري والموهوب له، أمَّا تضمين المكره؛ فلأنه أزال يد المكره عن ماله بغير رضاه؛ لأن تسليم المكره في حق إزالة اليد منقول إلى المكره، وأمَّا تضمين المشتري والموهوب له؛ لأنَّهما قبضا ماله لأنفسهما بغير رضاه، ثم أنه إن اختار تضمين المشتري والموهوب له كان له الخيار، إن شاء ضمنه قيمته يوم قبض لا يوم أعتق؛ لأن بالإعتاق أتلف على المولى حقَّه؛ لأن للمولى حق الاسترداد وإن صار ملكًا للغاصب، بخلاف ما سواه من الأشربة الفاسدة إذا أعتق المشتري، حتى كان للبائع حق تضمينه ضمنه قيمته يوم قبض لا يوم أعتق؛ لما ذكرنا.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ اسْتِرْدَادِ البَائِعِ، هذا استثناء عن قوله: كَمَا فِي سَائِرِ البِيَاعَاتِ الفَاسِدَةِ، فإن في سائر البياعات الفاسدة إذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق

قَالَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ -: وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ بَيْعًا فَاسِدًا يَجْعَلُهُ

للبائع الأول استرداده، وفي البيع بالكره يبقى، وكذا لا يبقى للبائع الأول نقض سائر التصرفات المشتري إلا الإجارة، وفي الإكراه يبقى.

وقال في «الذخيرة»: والفرق أن في سائر البياعات الفاسدة تصرف المشتري حصل بتسليط المالك، فإنه لمَّا سلم إليه فقد سلطه، وهذا التسليط منه قد صح لكونه طائعًا في التسليم، فلا يكون له حق النقض بعد ذلك، أمَّا هاهنا لم يوجد من المكره تسليط على التصرف، ولو وجد فهو تسليط فاسد فلهذا كان له حق النقض.

قوله: قَالَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ: وَمَنْ جَعَلَ البَيْعَ الجَائِزَ المُعْتَادَ بَيْعًا فَاسِدًا، إلى آخره، أراد به بيع الوفاء، صورته: هي أن يقول البائع للمشتري: بعتُ منك هذا العين بمالك عليَّ من الدين على أنِّي متى قضيتُ الدين فهو لي بالدين، فهو في الحقيقة رهن، والمبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن، لا فرق عندنا بين الرهن وبين هذا؛ لأن المتعاقدين وإن سميا بيعًا ولكن غرضهما الرهن، والعبرة في باب التصرفات للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، حتى قال أصحابنا: إن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة، والاستصناع إذا ضرب فيه الأجل سلم، ونظائره كثيرة، كذا في «الفتاوى الظهيريَّة».

ولما كان هذا كالرهن في يد المرتهن لا يملكه المرتهن، ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلك من عينه، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان به وفاءً بالدين، ولا ضمانَ عليه في الزيادة إذا هلكَ من غير صنعه، وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام.

وكان السيِّد الإمام أبو شجاع[1] على هذا.

(١) هو الإمام الفقيه، أبو شجاع، عمر بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن نَصَر، البلخي، البسطامي، كان إمامـًا بمسجد راغوم، قال السمعاني: مفت، مناظر، محدث، مفسر، واعظ، أديب، شاعر، وكان مع هذه الفضائل حسن السيرة، جميل الأمر، مليح الأخلاق، مأمون الصحبة، نظيف الظاهر والباطن، لطيف العشرة، فصيح العبارة، مليح الإشارة في وعظه، كثير النكت والفوائد، سمع ببلخ أباه، وأبا جعفر محمد بن الحسين السمنگاني، وعليه تفقَّه، مات سنة (٥٦٢ هـ).
انظر: تاريخ الاسلام (١٢/ ٢٨١)، ط: دار الغرب، الجواهر المضية (٢/ ٦٦٤-٦٦٥) وغيرهما.

كَبَيْعِ الْمُكْرَهِ حَتَّى يَنْقَضِ بَيْعُ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الفَسَادَ لِفَوَاتِ الرِّضَا،

وحين قدم القاضي الإمام علي السغدي(١) رحمه الله من بُخارى إلى سمرقند واستفتي في هذا فكتبَ: أنه رهن وليس ببيع، ففرح السيِّد الإمام بموافقة فتواه.

وسُئل القاضي الإمام الحسن الماتريدي(٢) رحمه الله عمَّن باع داره من آخر بثمن معلوم ببيع الوفاء وتقابضا، ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة، هل يلزمه الأجر؟ فقال: لا؛ لأنه عندنا رهن، والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لا يجب عليه الأجر بهذه الإجارة، فكذا هذا.

ثم ممَّن جعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكره: الصدر السعيد تاج الإسلام، والإمام ظهير الدين، والصدر الشهيد حسام الدين، فقال:

استفتي الصدر السعيد تاج الإسلام أحمد بن عبد العزيز، والقاضي الإمام صدر الأئمة، والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني، والشيخ الإمام علاء الدين المعروف ببدر سمرقند:

(اندر آنكه مردى ملكى خريد از ديگرى بشرط آنكه: هر وقتى كه اين بائع بَها بَوَىْ دهد مشترى مبيع را باز دهد، وقبض كردند بدين بيع مبيع ملك مشترى شود؟ كتبَ برهان الدين صاحب «المحيط» عن أبيه الصدر الإمام تاج الدين: شَوَد. والله أعلم).

وهكذا أجابَ ظهير الدين: وما قولهم: (اگر مشترى مبيع را بكسى ديگر فروشيد ببيع صحيح، بائع اول را رَسَد كه باز گردد چنانكى در بيع مكره، يا نى رَسَد چنانكى بياعات فاسده؟ كتبَ برهان الدين وظهير الدين: رَسَد).

وكتب علاء الدين: (بيع مشترى درست نى بود)، وهكذا اختار شيخ الإسلام برهان

---

(١) قد مرَّت ترجمته سابقاً، انظر: (٤/ ٤٠٠).

(٢) هو الإمام القاضي، أبو الحسن، علي بن الحسن بن علي بن محمد بن عفان... بن كليب، الماتريدي، سبط شيخ الإسلام أبي منصور الماتريدي رحمهما الله تعالى، تفقَّه على جده لأمِّه، وتوفي سنة (٥١١ هـ)، ودفن بجَاگردِيزَهْ، إحدى مقابر سمرقند.

انظر: الجواهر المضية (٢/ ٥٥٣).

وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ المُتَعَاقِدَيْنِ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ بَاطِلًا اعْتِبَارًا بِالهَازِلِ وَمَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ - رَحِمَهُمُ اللهُ - جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا مُفِيدًا بَعْضَ الأَحْكَامِ عَلَى مَا هُوَ المُعْتَادُ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ قَبَضَ الثَّمَنَ طَوْعًا فَقَدْ أَجَازَ البَيْعَ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الإِجَازَةِ كَمَا فِي البَيْعِ المَوْقُوفِ وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ طَائِعًا، بِأَنْ كَانَ الإِكْرَاهُ عَلَى البَيْعِ لا عَلَى الدَّفْعِ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلُ

الدين وأولاده.

وهكذا اتفق مشايخ زماننا على أن المشتري شراءً جائزًا لا يملك البيع من غيره، وعليه الفتوى.

وسُئل الصدر الشهيد رحمه الله عن حكم البيع بشرط الوفاء، أجاب رحمه الله: الفتوى على أن هذا البيع فاسد، ويوفر عليه أحكام البيع الفاسد، ولكن هذا البيع الفاسد بمنزلة بيع المكره، فإنه فاسد ويوفر أحكام البيع الفاسد، ولكن إذا باعه المشتري من المكره من غيره يبقى للبائع الأول حق الاسترداد، فكذا هذا.

قوله: وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ رَهْنًا لِقَصْدِ المُتَعَاقِدَيْنِ، فإنَّهما قصدا أن يكون المبيع محبوسًا بالثمن إلى وقت أدائه فيكون رهنًا معنًى.

قوله: وَمَشَايِخُ سَمَرْقَنْدَ رَحِمَهُمُ اللهُ جَعَلُوهُ بَيْعًا جَائِزًا، ومنهم الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله فقال: اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعـًا على ما كان عليه بعض السلف رحمهم الله؛ لأنَّهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه، والعبرة للملفوظ دون المقصود، فإن من تزوج امرأة ومن نيته أن يطلقها بعد ما جامعها صحَّ العقد، يعنِي: ولم يكن متعة، هذا كله من «فصول الإمام الأستروشني» رحمه الله.

قوله: مُفِيدًا لِبَعْضَ الأَحْكَامِ، وهو الانتفاع دون البيع من غيره.

قوله: وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ طَائِعًا، أي: كان ذلك منه إجازة للبيع.

الإِجَارَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الهِبَةِ وَلَمْ يَذْكُرِ الدَّفْعَ فَوَهَبَ وَدَفَعَ حَيْثُ يَكُونُ بَاطِلًا، لِأَنَّ مَقْصُودَ المُكْرِهِ الِاسْتِحْقَاقُ لا مُجَرَّدُ اللَّفْظِ، وَذَلِكَ فِي الهِبَةِ بِالدَّفْعِ وَفِي البَيْعِ بِالعَقْدِ عَلَى مَا هُوَ الأَصْلُ، فَدَخَلَ الدَّفْعُ فِي الإِكْرَاهِ عَلَى الهِبَةِ دُونَ البَيْعِ. قَالَ: (وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا فَلَيْسَ ذَلِكَ بِإِجَازَةٍ وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا فِي يَدِهِ) لِفَسَادِ العَقْدِ. قَالَ: (وَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مُكْرَهٍ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْبَائِعِ) مَعْنَاهُ وَالبَائِعُ مُكْرَهٌ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ (وَلِلْمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ إِنْ شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ آلَةٌ لَهُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الإِتْلَافِ، فَكَأَنَّهُ دَفَعَ مَالَ البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي فَيُضَمِّنُ أَيَّهُمَا شَاءَ كَالغَاصِبِ وَغَاصِبِ الغَاصِبِ، فَلَوْ ضَمِنَ المُكْرَهُ رَجَعَ عَلَى المُشْتَرِي بِالقِيمَةِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ البَائِعِ، وَإِنْ ضَمِنَ المُشْتَرِي نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ

قوله: فَوَهَبَ وَدَفَعَ حَيْثُ يَكُونُ بَاطِلًا، أي: فاسدًا؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: ثم بسبب الإكراه تفسد الهبة، ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعض القبض كالهبة الصحيحة، بناءً على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، فإذا أعتقها أو دبَّرها أو استولدها فقد لاقى هذه التصرفات منه ملكه، فكانت نافذةً وعليه ضمان قيمتها.

وذكر في «الإيضاح»: ثم فرق بين البيع والهبة فقال: في البيع لا بدَّ من الإكراه على الدفع، حتى لو أكره على البيع دون الدفع فدفع طائعًا جاز البيع، ولو أَكْرَهَهُ عَلَى الهِبَةِ فَوَهَبَ وَدَفَعَ لم تصح الهبة، والفرق بينهما أنَّ مقصود المكره ما تعلق به الاستحقاق لا صورة العقد، والهبة في أصل الوضع لا تتعلق بها الاستحقاق إلا بالقبض، فكان الإكراه على الهبة إكراهًا على الدفع، فأمَّا البيع فيتعلق به الاستحقاق من غير قبض، فلم يكن الإكراه على البيع إكراهًا على الإقباض، فكان الدفع عن اختيار منه وذلك دليل الإجازة.

قوله: وَإِنْ ضَمِنَ المُشْتَرِي - أي: في صورة الغصب - نَفَذَ كُلُّ شِرَاءٍ كَانَ بَعْدَ شِرَائِهِ

بَعْدَ شِرَائِهِ لَوْ تَنَاسَخَتْهُ العُقُودُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَهُ،

لَوْ تَنَاسَخَتْهُ العُقُودُ، أي: لو باعه المشتري من آخر، وذلك من آخر فعاد الكل إلى الجواز؛ لأن تسليمه أو إجازته إسقاط منه لحقه في استرداد المبيع، فأمَّا البيع من كل مشتر إنما كان في ملكه لنفسه، ولكن توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ، وبالإجازة سقط حقه فينفذ البيوع كلها، كالراهن إذا باع المرهون فأجاز المرتهن البيع، أو الآجر باع المستأجر فأجازه المستأجر نفذ البيع من جهة المباشر والمجيز، فيكون مسقطاً حقه في الفسخ لا أن يكون مملكاً بإجارته، فإذا جازت البيوع كلها كان الثمن على المكره للمشتري الأول ولكل بائع الثمن على المشتري؛ لأن العقد الأول من المكره والمشتري الأول بهذه الإجارة فله أن يُطالبه بالثمن، وكل عقد بعد ذلك إنما نفذ بين البائع والمشتري منه فيكون الثمن له.

فإن قلتَ: حينئذٍ يحتاج هاهنا إلى الفرق في موضعين:

أحدهما: في الفرق بين تضمين البائع المكره أحد الباعة وبين إجازة البائع المكره بيع أحد الباعة، فإن في التضمين يجوز كل بيع بعد بيع ذلك البائع الضامن ويبطل كل بيع قبله، وفي الإجازة ينفذ في الكل كما ذكر في الكتاب.

والثانِي: في الفرق بين إجازة المالك المغصوب منه في الغصب وبين إجازة البائع للمكره في الإكراه، فإن المغصوب منه إذا أجاز بيع أحد البائعة فإنه ينفذ ما أجازه خاصة دون ما قبله، وفي الإكراه إذا أجاز بيع أحد الباعة تنفذ البياعات كلها.

قلتُ: أمَّا الأول: فإنما جازت البياعات كلها في إجازة البائع المكره بيعُ أحد البائعة، فلما ذكرنا أن إجازته إسقاط منه لحقه فكان حقه هو المانع، فلمَّا سقط حقه عمل في الكل كما في إجازة المرتهن بيع الراهن.

وأمَّا في صورة تضمين البائع المكره أحد الباعة فإنما بطل كل بيع كان قبله؛ لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العين، فإن القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين، ولو استرد العين منه بطل كل بيع كان قبله للاستحقاق، فكذلك إذا استرد القيمة وجاز كل بيع كان بعده؛ لأن الملك قد تقرر بالضمان حين ضمن القيمة، فتبين أنه باع ملك نفسه فيكون بيعه جائزًا،

وَلَا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ الِاسْتِنَادَ إِلَى وَقْتِ قَبْضِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَ المَالِكُ المُكْرَهَ عَقْدًا مِنْهَا حَيْثُ يَجُوزُ مَا قَبْلَهُ وَمَا بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ وَهُوَ المَانِعُ فَعَادَ الكُلُّ إِلَى الجَوَازِ، وَاللهُ أَعْلَمُ

حتى إذا ضمن المشتري الأخير بطلت البيوع كلها؛ لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العين، ويرجع هو على بائعه بالثمن الذي أعطاه، فكذلك كل مشتر يرجعُ على بائعه حتى ينتهوا إلى البائع المكره؛ لأن البيوع كلها قد انتقضت، فينعكس الحكم لو ضمن الذي أكرهه ورجع هو بتلك القيمة على المشتري الأول حيث جازت البيوع كلها، فكذلك إن ضمن البائع المشتري الأول يرى الذي أكرهه وتمَّت البيوع الباقية كلها؛ لأن الملك قد تقرر للمشتري الأول من حين قبضه فإنما باع ملك نفسه فينفذ بيعه، فكذلك كل بائع بعده.

وأمَّا وجه الفرق في الموضع الثاني: فإنا قد ذكرنا وجه جواز البياعات كلها عند إجازة البائع المكره بيع أحد الباعة من إسقاط حقه الذي هو المانع، فلذلك جازت البياعات كلها، وأمَّا إذا جاز المغصوب منه بيعًا من تلك البيوع فإنه ينفذ ما أجازه خاصة؛ لأن الغصب لا يزيل ملكه، فكل بيع من هذه البياعات توقف على إجازته لمصادفته ملكه، فتكون إجازته كأحد البيوع تمليكـًا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه، وأمَّا المشتري من المكره كان مالكـًا فالبيع من كل مشتر صادف ملكه، وإنما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد، وفي هذا لا يفترق الحال بين إجازة البيع الأول أو الآخر، فلهذا نفذَ البيوع كلها بإجازته عقدًا منها، هذا كله من باب الإكراه على البيع من إكراه «المبسوط».

وقوله: لا يَنْفُذُ مَا كَانَ لَهُ قَبْلَهُ، أي: قبل الضمان.

قوله: لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، أي: بالإجازة، والله تعالى أعلم.

فَصْلٌ

(وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى أَنْ يَأْكُلَ المَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الخَمْرَ، إِنْ أُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ قَيْدٍ لَمْ يَحِلَّ لَهُ إِلَّا أَنْ يُكْرَهَ بِمَا يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ، فَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَى مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ) وَكَذَا عَلَى هَذَا الدَّمُ

فصلٌ

لمَّا ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد، شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى، وإنما قدم حقوق العباد على حقوق الله تعالى لما ذكر في الكتاب في الفصل المتقدم: أن حق العبد مقدم لحاجته.

قوله: وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى أَنْ يَأْكُلَ المَيْتَةَ أَوْ يَشْرَبَ الخَمْرَ، إِنْ أُكْرِهَ عَلَى ذَلِكَ بِحَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ... لَمْ يَحِلَّ لَهُ، المراد من هذا الضرب الضرب الخفيف الذي لا يخاف منه تلف النفس أو تلف العضو؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: ولو أوعده بضرب سوط أو سوطين لم يسعه تناول ذلك؛ لأنه لا يخاف على نفسه ولا على عضو من أعضائه بما هدده به، إنما يغمه ذلك أو يؤلمه ألمًا يسيرًا، والإلجاء لا يتحقق به.

وكذلك كل ضرب لا يخاف فيه تلف نفس أو ذهاب عضو في أكثر الرأي؛ لأن غالب الرأي يقام مقام الحقيقة فيما لا طريق إلى معرفته حقيقة، وقد وقت بعضهم في ذلك أدنى الحد أربعين سوطًا، فإن تهدد بأقل منها لم يسعه الإقدام على ذلك؛ لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير، والتعزير يقام على وجه يكون زاجرًا لا متلفًا.

وَلَحْمُ الخِنْزِيرِ؛ لِأَنَّ تَنَاوُلَ هَذِهِ المُحَرَّمَاتِ إِنَّمَا يُبَاحُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَمَا فِي المَخْمَصَةِ لِقِيَامِ المُحَرَّمِ فِيمَا وَرَاءَهَا، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَّا إِذَا خَافَ عَلَى النَّفْسِ أَوْ عَلَى العُضْوِ، حَتَّى لَوْ خِيفَ عَلَى ذَلِكَ بِالضَّرْبِ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ يُبَاحُ لَهُ ذَلِكَ.

(وَلَا يَسَعُهُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَى مَا تُوُعِّدَ بِهِ، فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْقَعُوا بِهِ وَلَمْ يَأْكُلْ فَهُوَ آثِمٌ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أُبِيحَ كَانَ بِالِامْتِنَاعِ عَنْهُ مُعَاوِنًا لِغَيْرِهِ عَلَى هَلَاكِ نَفْسِهِ فَيَأْثَمُ كَمَا فِي حَالَةِ المَخْمَصَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ؛ لِأَنَّهُ رُخْصَةٌ إِذِ الحُرْمَةُ قَائِمَةٌ فَكَانَ آخِذًا

ولكنا نقول: نصب المقدار بالرأي لا يكون ولا نص في التقدير هاهنا، وأحوال الناس تختلف في احتمال بدنهم للضرب، فلا طريق سوى رجوع المكره إلى غالب رأيه، فإن وقع في غالب رأيه أنه لا يتلف به نفسه ولا عضو من أعضائه لا يصير ملجئًا، وإن خاف على نفسه التلف منه يصير ملجئًا، فحينئذٍ تثبت الإباحة.

وذكر في «الذخيرة»: وإن هددوه بضرب سوط أو سوطين فهو غير معتبر، إلا أن يقولوا: لنضربنَّك على عينيك أو على المذاكير.

قوله: فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى أَوْقَعُوا بِهِ - أي: قتلوه أو أتلفوا عضوه - ... فَهُوَ آثِمٌ، أي: إذا علم أنه يسعه تناول هذه الأشياء في هذه الحالة، أمَّا إذا كان لا يعلم أن ذلك يسعه رجوتُ أن لا يكون آثمًا؛ لأنه قصد به التحرز عن ارتكاب الحرام بزعمه؛ وهذا لِأَنَّ انْكِشَافِ الحُرْمَةِ عند تحقق الضرورة دليله خفي فيعذر عليه بالجهل، كما أن عدم وصول الخطاب إليه قبل أن يشتهر يجعل عذرًا له في ترك ما ثبت بخطاب الشرع، يعني: الصلاة في حق من أسلم في دار الحرب ولم يعلم بوجوبها عليه.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ، فكذلك هذا فيمن أصابته مخمصة ولم يتناول من الميتة حتى ماتَ في ظاهر المذهب يكون آثمًا، وفي رواية أبي يوسف رحمه الله لا يكون آثمًا، فالأصل عند أبي يوسف رحمه الله أن الإثم ينتفي عن المضطر ولا تنكشف

بِالعَزِيمَةِ. قُلْنَا: حَالَةُ الِاضْطِرَارِ مُسْتَثْنَاةٌ بِالنَّصِّ وَهُوَ تَكَلُّمٌ بِالحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا فَلَا مُحَرَّمَ فَكَانَ إِبَاحَةً لا رُخْصَةً إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَأْثَمُ إِذَا عَلِمَ بِالإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ؛ لِأَنَّ فِي انْكِشَافِ الحُرْمَةِ خَفَاءٌ فَيُعْذَرُ بِالجَهْلِ فِيهِ كَالجَهْلِ بِالخِطَابِ فِي أَوَّلِ الإِسْلَامِ أَوْ فِي دَارِ الحَرْبِ.

الحرمة بالضرورة، قال الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]، وقال تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝٣﴾ [المائدة: ٣]؛ وهذا لأن الحرمة بصفة أنَّها ميتة أو خمر وبالضرورة لا ينعدم ذلك، فإذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يكون آثماً فيه.

قوله: فَكَانَ إِبَاحَةً لا رُخْصَةً؛ لأنه كان مباحًا في حالة الضرورة، فامتناعه من التناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى أتلف نفسه فيكون آثماً في ذلك، وصفة الخمر به توجبُ الحرمة لمعنى الرفق بالمتناول، وهو أن يمنعه عن استعمال عقله ويصده عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة، وكذلك لحم الخنزير لما في طبع الخنزير من الانتهاب، وللغذاء أثر في الخلق، والرفق هنا في الإباحة عند الضرورة؛ لأن إتلاف البعض أهون من إتلاف الكل، وفي الامتناع عن التناول هلاك الكل، فتثبت الإباحة في هذه الحالة لهذا المعنى.

وكذلك لو أوعده بقطع عضو؛ لأن حُرمة الأعضاء كحرمة النفس، ألا ترى أن المضطر كما لا يباح له قتل إنسان ليأكل من لحمه، لا يباح له قطع عضو من أعضائه، والضرر الذي يخاف منه التلف بمنزلة القتل؛ لما أن فتنة السوط أشد من فتنة السيف والأعضاء في هذا سواء، حتى لو أوعده بقطع أصبع أو أنملة يتحقق به الإلجاء، وكل ذلك محترم باحترام النفس تبعـاً لها، هذا كله من «المبسوط».

وقوله: قُلْنَا: حَالَةُ الِاضْطِرَارِ مُسْتَثْنَاةٌ بِالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، والاستثناء من الحرمة يوجب إسقاط الحرمة وهو الإباحة المحضة.

قَالَ: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللهِ تَعَالَى وَالعِيَاذُ بِاللهِ أَوْ سَبِّ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِقَيْدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ ضَرْبٍ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِكْرَاهًا حَتَّى يُكْرَهَ بِأَمْرٍ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ)؛ لِأَنَّ الإِكْرَاهَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ لَيْسَ بِإِكْرَاهٍ فِي شُرْبِ الخَمْرِ لِمَا مَرَّ، فَفِي الكُفْرِ وَحُرْمَتُهُ أَشَدُّ أَوْلَى وَأَحْرَى.

قوله: وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الكُفْرِ بِاللهِ تَعَالَى وَالعِيَاذُ بِاللهِ، إلى آخره، اعلم أنَّ ما اعتبر إكراهًا في حق إباحة تناول الميتة، والخمر، والخنزير يعتبر إكراهًا في حق إجراء كلمة الكفر على اللسان إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان، إلا أن في فصل الكفر إذا صبر حتى قتل كان مأجورًا شهيدًا، وفي فصل الخمر والميتة إذا صبر حتى قتل كان آثمًا مأخوذًا بدمه.

وذكر في «المبسوط»: وكل شيء جاز له به تناول هذه المحرمات من الإكراه، فكذلك يجوز فيه عند الكفر بالله إذا أكره عليه وقلبه مطمئن بالإيمان، ثم قال: وهذا يجوز في العبادة، فإن حرمة الكفر حرمة باتة مضمنة لا تنكشف بحال، ولكن مراده أنه يجوز له إجراء كلمة الشرك على اللسان مع طمأنينة القلب بالإيمان.

وقوله: أَوْلَى وَأَحْرَى، أي: أَوْلَى أن لا يكون إكراهًا، وأمَّا ما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «ما من كلام أتكلم به يدرأ عنِّي ضربتين بسوط عند ذي سلطان إلا كنتُ متكلماً به»، فإنما هو منه على طريق بيان الرخصة فيما فيه الألم الشديد، وإن كان سوطين فإمَّا أن يقال: إن السوطين اللذين لا يخاف منهما تلف يوجب الرخصة له في إجراء كلمة الشرك، فهذا ممَّا لا يجوز أن يظن بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وإنما يُحمل هذا اللفظ منه على سبيل المثل لبيان الرخصة عند خوف التلف، وقيل: السوطان في حقه كان يخاف منهما التلف لضعف بنيته، فقد كان بهذه الصفة على ما رُوى: «أنه صعد شجرة يوماً فضحكت الصحابة من دقة ساقه، فقال رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: لا تضحكوا فإنَّهما ثقيلتان في الميزان»، كذا في «المبسوط».

التورية: أن يظهر خلاف ما يضمر، وفي الحديث: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم كان

قَالَ: (وَإِذَا خَافَ عَلَى ذَلِكَ وَسِعَهُ أَنْ يُظْهِرَ مَا أَمَرُوهُ بِهِ وَيُوَرِّيَ، فَإِنْ أَظْهَرَ ذَلِكَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ) لِحَدِيثِ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - حَيْثُ أُبْتُلِيَ بِهِ، وَقَدْ قَالَ لَهُ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «كَيْفَ وَجَدْتَ قَلْبَكَ؟ قَالَ مُطْمَئِنًّا بِالإِيمَانِ، فَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ -: فَإِنْ عَادُوا فَعُدْ، وَفِيهِ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] » الآيَةَ، وَلِأَنَّ بِهَذَا الإِظْهَارِ لا يَفُوتُ الإِيمَانُ حَقِيقَةً لِقِيَامِ التَّصْدِيقِ، وَفِي الامْتِنَاعِ فَوْتُ النَّفْسِ حَقِيقَةً فَيَسَعُهُ المَيْلُ إِلَيْهِ.

قَالَ: (فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ وَلَمْ يُظْهِرِ الكُفْرَ كَانَ مَأْجُورًا)؛ لِأَنَّ «خُبَيْبًا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - صَبَرَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى صُلِبَ وَسَمَّاهُ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سَيِّدَ الشُّهَدَاءِ،

إذا أراد سفرًا ورى بغيره».

وفي «الصحاح»: يقال: وريتُ الخبر، إذا سترتَه وأظهرتَ غيره.

وقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: إِنْ عَادُوا فَعُدْ، أي: إن عادوا إلى الإكراه فعُد إلى طمأنينة القلب، لا إلى إجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعًا على ما زعم البعض؛ لأنا إذا حملنا العود فيهما جميعًا كان ذلك أمرًا من النبي صلَّى الله عليه وسلَّم بإجراء كلمة الكفر، فيوهم الإباحة حينئذٍ؛ لأن أدنى درجات الأمر الإباحة والكفر لا يصير مباحًا بالإكراه؛ لأنه من قبيل ما لا يحتمل الإباحة أصلًا، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ خُبَيْبًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ صَبَرَ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى صُلِبَ، رُوي: «أن المشركين أخذوا خُبيب ابن عدي بن زيد فباعوه من أهل مكة فقالوا له: لنقتلنَّك أو لتذكرن آلهتنا بالخير وتشتم محمدًا، فكان يشتم آلهتهم ويذكر محمدًا صلَّى الله عليه وسلَّم بخير حتى قتلوه، فقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: هو رفيقي في الجنة»، كذا في «شرح الأقطع».

وَقَالَ فِي مِثْلِهِ هُوَ رَفِيقِي فِي الجَنَّةِ» وَلِأَنَّ الحُرْمَةَ بَاقِيَةٌ، وَالِامْتِنَاعُ لِإِعْزَازِ الدِّينِ عَزِيمَةٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِلِاسْتِثْنَاءِ.

قَالَ: (وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ بِأَمْرٍ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ مَالَ الغَيْرِ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ كَمَا فِي حَالَةِ المَخْمَصَةِ

وبهذا يعرف أن المثل المذكور في الكتاب بقوله: وَقَالَ - النبي صلَّى الله عليه وسلَّم - فِي مِثْلِهِ، صلة، أو هو عبارة عن الذات.

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، - وهو ما ذكر من مسألة الإكراه على أكل الميتة وشرب الخمر حيث قال فيه: وَلا يَسَعُهُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَى مَا تُوُعِّدَ بِهِ، - لِلِاسْتِثْنَاءِ، وهو ما ذكرنا من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، والاستثناء من الحرمة يوجب الإباحة، فعُلم بهذا أن الامتناع عن التناول هناك لم يكن عزيمة، وهنا عزيمة لبقاء الحرمة.

فإن قيل: الله تعالى كما استثنى الميتة والخنزير والخمر في حالة الاضطرار، استثنى في إجراء كلمة الكفر أيضًا بقوله: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]، بعد قوله: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ﴾ [النحل: ١٠٦]، فينبغي أن يكون الإجراء مباحًا أيضًا للاستثناء.

قلنا: في الآية تقديم وتأخير فتقديره: من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرًا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، فالله تعالى إنَّما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه وإنما وضع عنه العذاب والغضب، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة؛ لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة، كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض، فإن السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيًا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة، فلم تثبت إباحة إجراء كلمة الكفر، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

وَقَدْ تَحَقَّقَتْ (وَلِصَاحِبِ المَالِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ)؛ لِأَنَّ المُكْرَهَ آلَةٌ لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَالإِتْلَافُ مِنْ هَذَا القَبِيلِ (وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِقَتْلِهِ عَلَى قَتْلِ غَيْرِهِ لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يُقْدِمَ عَلَيْهِ وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ آثِمًا)؛ لِأَنَّ قَتْلَ المُسْلِمِ مِمَّا لا يُسْتَبَاحُ لِضَرُورَةٍ مَا فَكَذَا بِهَذِهِ الضَّرُورَةِ. (وَالقِصَاصُ عَلَى المُكْرِهِ إِنْ كَانَ القَتْلُ عَمْدًا) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجِبُ عَلَى المُكْرَهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يَجِبُ عَلَيْهِمَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَيْهِمَا. لِزُفَرَ أَنَّ الفِعْلَ مِنَ المُكْرَهِ حَقِيقَةً وَحِسًّا، وَقَرَّرَ الشَّرْعُ حُكْمَهُ عَلَيْهِ وَهُوَ الإِثْمُ، بِخِلَافِ الإِكْرَاهِ

وذكر في «التيسير»: وتقدير الآية على التقديم والتأخير وتقديره: الكافرون بالله؛ لأن (من) هاهنا للجمع؛ لأنه للجنس فصُلح للجميع بعد إيمانِهم به الشارحون لقبول الكفر واعتقاده صدورًا، فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، إلا من أُكره على الكفر، فإنه لا يستحق غضب الله والعذاب العظيم.

قوله: لِأَنَّ المُكْرَهَ آلَةٌ لِلْمُكْرِهِ؛ - لأنه يصلح أن يكون آلة للمكره بأن يأخذه ويلقيه عليه - فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ، هذا احتراز عن الأكل، والتكلم، والوطئ، فإن في هذه الأفعال لا يصلح المكره آلة للمكره، فإنه لو كان آلة له في التكلم لما وقع الطلاق والعتاق؛ لأن أحدًا لا يملك أن يطلق امرأة غيره، ولا أن يعتق عبد غيره.

قوله: وَالقِصَاصُ عَلَى المُكْرِهِ، - بكسر الراء وهو الآمر - إِنْ كَانَ عَمْدًا، سواء كان هذا المكره الآمر بالغًا عاقلًا، أو معتوهًا، أو غلامًا غير بالغٍ، فالقود على الآمر، كذا في «المبسوط» في باب تعدي العامل من الإكراه.

ثم في هذه المسألة أربعة أقوال مشتملة على القسمة العقلية التي لا زيادة عليها عقلًا: فقول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على مقابلة قول زُفر، وقول أبي يوسف على مقابلة قول الشافعي رحمهم الله تعالى.

عَلَى إِتْلَافِ مَالِ الغَيْرِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ حُكْمُهُ وَهُوَ الإِثْمُ فَأُضِيفَ إِلَى غَيْرِهِ، وَبِهَذَا يَتَمَسَّكُ الشَّافِعِيُّ فِي جَانِبِ المُكْرَهِ، وَيُوجِبُهُ عَلَى المُكْرِهِ أَيْضًا لِوُجُودِ التَّسْبِيبِ إِلَى القَتْلِ مِنْهُ، وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هَذَا حُكْمُ المُبَاشَرَةِ عِنْدَهُ كَمَا فِي شُهُودِ القِصَاصِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ القَتْلَ بَقِيَ مَقْصُورًا عَلَى المُكْرَهِ مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَى التَّأْثِيمِ، وَأُضِيفَ إِلَى المُكْرِهِ مِنْ وَجْهٍ نَظَرًا إِلَى الحَمْلِ فَدَخَلَتِ الشُّبْهَةُ فِي كُلِّ جَانِبٍ. وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى القَتْلِ بِطَبْعِهِ إِيثَارًا لِحَيَاتِهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ فِيمَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ وَهُوَ القَتْلُ بِأَنْ

قوله: وَلِلتَّسْبِيبِ فِي هَذَا، أي: في القتل.

قوله: كَمَا فِي شُهُودِ القِصَاصِ، أي: عنده، فإن الشاهدين لو شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه، ثم جاء المشهود به حيًّا يقتل الشاهدان عنده.

وقوله: نَظَرًا إِلَى التَّأْثِيمِ، يعني: أن المكره على القتل إذا أقدم على ما أكره عليه من القتل فإنه يأثم بالإجماع، فعُلِم به أن المكره لم يكن بالآلة من كل وجه.

قوله: نَظَرًا إِلَى الحَمْلِ، أي: نظرًا إلى الإكراه.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى القَتْلِ بِطَبْعِهِ إِيثَارًا لِحَيَاتِهِ فَيَصِيرُ آلَةً لِلْمُكْرِهِ؛ وذلك لأن الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف، فإن طبعه القطع عند الاستعمال في محله، وكالنار فإن طبعها الإحراق، وكالماء فإن طبعه الإغراق، وإذا كان كذلك ففي الجري على موجب الطبع مشابهة بالآلة، ولو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلمـًا فقتله يجب القصاص على القاتل، فكذا يجب القصاص على المكره هاهنا، لكون المكره آلة له فيما ذكره من كونه محمولًا على القتل بطبعه إيثارًا لحياته.

والأولى في تعليلهما ما أشار إليه في «المبسوط» من دعوى الإجماع بأن المباشر للقتل هو المكره الآمر لا المأمور؛ وذلك لأنّا أجمعنا على أن ضمان الإتلاف في المال على الآمر بالإتلاف لا على المأمور، عُلِم بهذا أن الإتلاف منسوب إلى الآمر فيما فيه الإتلاف؛ لأنه

يُلْقِيهِ عَلَيْهِ وَلَا يَصْلُحُ آلَةً لَهُ فِي الجِنَايَةِ عَلَى دِينِهِ فَيَبْقَى الفِعْلُ مَقْصُورًا عَلَيْهِ فِي حَقِّ الإِثْمِ كَمَا نَقُولُ فِي الإِكْرَاهِ عَلَى الإِعْتَاقِ،

لا طريق لنسبة الضمان في المال إلى الآمر فيما فيه إتلاف منسوب إلى الآمر، سوى أن المأمور جعل آلة للآمر وجعل الآمر مباشرًا للإتلاف لا مسببًا له؛ لأن المسبب والمباشر إذا اجتمعا في إتلاف المال فالضمان على المباشر، لا على المسبب بالإجماع، فهاهُنا وجب على الأمر علم أنه جعل مباشرًا، فإتلاف المال بالاستهلاك، وإتلاف الآدمي بالقتل لا يتفاوتان من حيث أنه إتلاف؛ لأن المأمور كما يصلح آلة في إتلاف المال للآمر، بأن يأخذه ويلقيه في مال إنسان ويستهلكه، فكذلك يصلح آلة له في إتلاف الآدمي بهذا الطريق، ولمَّا جعلنا الآمر مباشرًا للإتلاف في المال بالإجماع، وجبَ أن نجعله مباشرًا في إتلاف الآدمي أيضـًا؛ لأنَّهما لا يتفاوتان من حيث الإتلاف على ما ذكرنا.

وإنما قلنا: هذا أَوْلَى؛ لأن فيه احتجاجـًا على الخصم بما ساعده في مثله، ولا دليل أقوى من مساعدة الخصم.

فإن قلتَ: لو كان المكره الآمر بمنزلة المباشر في القتل، والمكره المأمور آلة له لوجبَ أن لا يجب القصاص على الآمر فيما إذا كان صبيًّا أو معتوهًا؛ لأن انتقال فعل المكره إليه لا يكون أقوى من مباشرته بنفسه، وفيما باشرَ الصبي القتل عمدًا لا يجب القصاص عليه على ما يجيء في الجنايات إن شاء الله تعالى، وقد ذكر في «المبسوط»: أنه يجب القصاص على الصبي إذا أمر غيره بالقتل العمد بالإكراه على ما ذكرتُ، فما وجهه؟

قلتُ: لمَّا انتقل فعل المأمور إلى الآمر المكره انتقلَ مع وصفه من العقل والبلوغ، فصار ذلك بمنزلة جناية الآمر بيد المأمور في أحكام القتل، فلذلك لم يعتبر عقل الآمر وبلوغه، بخلاف ما إذا باشر الصبي القتل بنفسه؛ لأنه لا واسطة هناك واحد يوصف بالعقل والبلوغ لينتقل فعله إليه بذلك الوصف، فكان ذلك قتلًا حاصلًا من الصبي لا غير، ولا اعتبار لعمد الصبي في القتل في إيجاب القصاص، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: كَمَا نَقُولُ فِي الإِكْرَاهِ عَلَى الإِعْتَاقِ، أي: من حيث أنه إتلاف مالية العبد بالإعتاق

وَفِي إِكْرَاهِ المَجُوسِيِّ عَلَى ذَبْحِ شَاةِ الغَيْرِ يَنْتَقِلُ الفِعْلُ إِلَى المُكْرَهِ فِي الإِتْلَافِ دُونَ الذَّكَاةِ حَتَّى يَحْرُمَ كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ أَوْ عِتْقِ عَبْدِهِ فَفَعَلَ وَقَعَ مَا أُكْرِهَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ.

ينتقل إلى المكره، حتى وجبت قيمة العبد عليه، ومن حيث أنه تكلم ونفاذ إعتاق على العبد يقتصر على المكره؛ لأنه لو انتقل كلامه بالإعتاق إلى المكره الآمر لما عتق العبد.

قوله: وَفِي إِكْرَاهِ المَجُوسِيِّ، هذا من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول، بدليل ما ذكر في «الإيضاح» بالنَّصب حيث قال: وهو كما لو أكره مجوسيًّا عَلَى ذَبْحِ شَاةِ الغَيْرِ صار آلة له في معنى الإتلاف، ولم يصر آلة له في حق الذكاة حتى لم يحل تناوله.

وقوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى القَتْلِ بِطَبْعِهِ إِيثَارًا لِحَيَاتِه[1]، إلى آخره، فإن قلتَ: لو كان المأمور محمولًا على القتل بطبعه، إيثارًا لحياته بسبب الكره، مسقطًا وجوب القصاص عن المأمور لكان ينبغي أن يسقط القصاص عمَّن أصابته مخمصة فقتل إنسانًا وأكل من لحمه حتى بقي حيًّا؛ لأن كل واحد من المكره ومن أصابته مخمصة مضطر في دفع الهلاك عن نفسه بقتل الغير، ومؤثر حياته على حياة غيره، فمن أين وقع الفرق بينهما حتى وجب القصاص على القاتل الذي أصابته مخمصة ولم يجب على المكره إذا قتل؟

قلتُ: هذا الذي ذكرتُه ممَّا تشبث به زفر رحمه الله، وجوابه هو أنَّا إنَّما أسقطنا القصاص عن المكره؛ لأنه ملجأ إلى القتل من جهة غيره حتى صار بمنزلة الآلة له، فأمَّا المضطر فإنه غير ملجأٍ إلى ذلك الفعل من جهة غيره ليصير هو آلة للملجئ، ألا ترى أن في المال الضمان واجبٌ عليه، فعرفنا به أن حكم الفِعْلِ مَقْصُورٌ عَلَيْهِ.

قوله: وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلَاقِ امْرَأَتِهِ، إلى آخره، وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه

(١) مرَّ هذا النص في المتن قبل الصفحتين.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ بِقِيمَةِ العَبْدِ)؛ لِأَنَّهُ صَلَحَ آلَةً لَهُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ الإِتْلَافُ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا، وَلَا سِعَايَةَ عَلَى العَبْدِ؛ لِأَنَّ السِّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ إِلَى الحُرِّيَّةِ أَوْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَلَا يَرْجِعُ المُكْرَهُ عَلَى العَبْدِ بِالضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ مُؤَاخَذٌ بِإِتْلَافِهِ.

الله: وإن أكرهه بوعيد القتلى على الطلاق أو العتاق فلم يفعل حتى قتل لا يأثم؛ لأنه لو صبر على القتل ولم يتلف مال نفسه فيما إذا أكرهه على إتلاف ماله كان شهيدًا، فلأَن لا يأثم إذا امتنع عن إبطال ملك النكاح على المرأة كان أَوْلَى.

قوله: فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ، - أي: فللمكره المأمور أن يضمن المكره الآمر - مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا؛ لأن وجوب هذا الضمان باعتبار مباشرة الإتلاف، فيكون جبرانًا لحق المتلف عليه، وذلك لا يختلف باليسار والعسرة.

قوله: لِأَنَّ السِّعَايَةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِلتَّخْرِيجِ إِلَى الحُرِّيَّةِ، - كما هو مذهبُ أبي حنيفة رحمه الله،فإن المستسعى كالمكاتب عنده - أَوْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ، كما هو مذهبهما؛ لأن عندهما إنما تجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد، وهاهنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق؛ لأنه لا حق هاهُنا لغير المعتق، فلا نظير له في الشرع، وقوله: أَوْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ، إشارة إلى مسألة المريض والراهن على ما ذكر في «المبسوط» فقال: ولا سعاية على العبد؛ لأنه نفذ العتق فيه من جهة مالكه ولا حق لأحد في ماله، بخلاف المريض يعتق عبده وعليه دين فهناك تجب السعاية عليه لحق الغرماء، وكذلك الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن.

وذكر في «الذخيرة»: أن مسألة الإعتاق والطلاق على ثلاثة أوجه: فإن الرجل إذا أكره على إعتاق عبده بوعيد تلف، فقال للعبد: أنت حر، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يقول: خطر ببالي الإخبار بالحرية فيما مضى كاذبًا وقد أردتُّ ذلك لا إنشاء الحرية، وفي هذا الوجه يعتق العبد في القضاء ولا يعتق فيما بينه وبين ربه؛ لأنه عدل

قَالَ: (وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ المَرْأَةِ إنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي العَقْدِ مُسَمًّى يَرْجِعُ عَلَى المُكْرَهِ بِمَا لَزِمَهُ مِنَ المُتْعَةِ)؛ لِأَنَّ مَا عَلَيْهِ كَانَ عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ بِأَنْ جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا، وَإِنَّمَا يَتَأَكَّدُ بِالطَّلَاقِ فَكَانَ إتْلَافًا لِلْمَالِ مِنْ هَذَا الوَجْهِ فَيُضَافُ إلَى المُكْرَهِ مِنْ حَيْثُ إنَّهُ إتْلَافٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا دَخَلَ بِهَا؛ لِأَنَّ المَهْرَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالدُّخُولِ لا بِالطَّلَاقِ.

عما أكره عليه فكان طائعًا في الإقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الإخبار كاذبًا، ولا يضمن المكره شيئًا؛ لأن العبد إنما عتق بالإقرار طائعًا فلا يكون على المكره ضمانه؛ لأن المكره إنما يضمن فيما يضمن إذا أتى المأمور بما أمره على وفق إكراهه.

والثاني: أن يقول: خطر ببالي الإخبار كاذبًا وتركتُ ذلك وأردت عتقًا مستقبلًا كما طلب منِّي، وفي هذا الوجه عتق العبد في القضاء وفيما بينه وبين ربه وهذا ظاهر، ويكون المكره ضامنًا قيمة العبد.

والثالث: أن يقول: لم يخطر ببالي شيء وقد أتيتُ بما طلبَ منِّي، والجواب في هذا الوجه نظير الجواب في الوجه الثاني.

والجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمّي لها مهرًا إلا أنه لم يدخل بها، نظير الجواب فيما إذا أكرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره، إلا أن الرجوع هاهنا بنصف الصداق وثمَّة بقيمة العبد.

قوله: بِأَنْ جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِهَا، بأن تمكَّن ابن زوجها من نفسها من غير كره، أو ارتدت والعياذ بالله.

قوله: بِخِلَافِ مَا إذَا دَخَلَ بِهَا، أي: لا يرجع الزوج هنا على المكره بشيءٍ من المهر؛ لأن المهر كله قد تقرر على الزوج بالدخول، فالمكره إنما أتلف عليه ملك النكاح، وملك النكاح لا يتقوم بالإتلاف على الزوج عندنا، ولهذا لا نوجب على شاهدي الطَّلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع، ولا على المرأة إذا ارتدت من بعد الدخول، ولا على القاتل

(وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى التَّوْكِيلِ بِالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ فَفَعَلَ الوَكِيلُ جَازَ اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّ الإِكْرَاهَ مُؤَثِّرٌ فِي فَسَادِ العَقْدِ، وَالوَكَالَةُ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَيَرْجِعُ عَلَى المُكْرِهِ

لمنكوحة الغير، خلافًا للشافعي رحمه الله، فإنه يجعل البضع مضمونًا بمهر المثل عند الإتلاف على الزوج، كما هو مضمون بمهر المثل عند دخوله في ملك النكاح.

ولكنا نقول: البضع ليس بمال متقوم، فلا يجوز أن يكون مضمونًا بالمال؛ لأنه لا مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال وتقومه عند التملك بالنكاح، لإظهار خطر المملوك، وهذا الخطر للمملوك لا للمملوك الوارد عليه، ألا ترى أن إزالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح، فلاحاجة إلى إظهار الخطر عند إتلاف الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيئًا، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: أن الرجل إذا أكره بوعيد تلف على أن يعتق عبده، أو يطلق امرأته التي لم يدخل بها أيهما شاء، ففعل المكره أحدهما نفذ ذلك عليه، ولزمه الأقل من نصف الصداق ومن قيمة العبد؛ لأنه في التزام الأقل مضطر وفي التزام الأكثر ليس بمضطر، والرجوع بسبب الاضطرار فيرجع بالأقل لهذا، وإن كان الزوج قد دخل بالمرأة وباقي المسألة بحالها لم يرجع على المكره بشيء؛ لأنه إن أوقع الطلاق فلا إشكال؛ لأن المكره بالإكراه على إيقاع الطلاق لم يؤكد عليه مهرًا على شرف السقوط، إنما أتلف عليه مجرَّد ملك النكاح، وملك النكاح ليس بمال فلا يضمن بالمال، وإن أوقع العتق فلأنه كان يمكنه دفع البلاء بالطلاق وإنه دون العتق؛ لما أن المتلف به ليس بمال فيجعل طائعًا في العتق فلا يكون له حق الرجوع.

قوله: فَفَعَلَ الوَكِيلُ جَازَ اسْتِحْسَانًا، وإنَّما ذكر هذا؛ لأن القياس أن لا تصح الوكالة مع الإكراه؛ لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه، وجه الاستحسان أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكنه يوجب فساده، فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه، والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة، فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل.

قوله: وَيَرْجِعُ عَلَى المُكْرِهِ، - أي: يرجع المكره على الذي أكرهه بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد - اسْتِحْسَانًا، وإنَّما قيد به؛ لأن القياس أن لا يرجع عليه؛ لأن

اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمُكْرِهِ زَوَالُ مِلْكِهِ إِذَا بَاشَرَ الوَكِيلُ، وَالنَّذْرُ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهَ؛ لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ،

الإكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لا يثبت بالوكالة، فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الإتلاف إليه، كما في الشاهدين إذا شهدا أن فلانًا وكل بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا.

وجه الاستحسان أن غرض الذي أكرهه زوال ملكه إذا باشر الوكيل، فكان الزوال مقصودًا له، وجعل ما فعل طريقًا إلى الإزالة فيضمن، ولا ضمان على الوكيل؛ لأنه لم يوجد منه الإكراه، هذا كله من «الإيضاح».

وقوله: وَالوَكَالَةُ لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ؛ لأن الوكالة من جملة الإسقاطات فيكون قابلًا للتعليق بالشرط؛ وذلك لأن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفًا حقًّا للمالك، فهو بالتوكيل أسقط هذا فيكون إسقاطًا.

قوله: وَالنَّذْرُ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهَ؛ - أي: يصح النذر مع الإكراه - لِأَنَّهُ لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، لأنه لا يحتمل الفسخ؛ وإنما علل بهذا لأن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الإكراهُ من حيث منع الصحة؛ لأن المنع عن العمل بعد وجود السبب يضاهي الدفع بعد الثبوت، وقد ورد في الحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، واليمين»، والنذر بمعنى اليمين، كذا في «الإيضاح».

وحاصله أن الإكراه لا يفوت الرضاء وأثر عدم الرضاء عدم اللزوم، فلمَّا انعدم اللزوم تمكن المكره من الفسخ، فكان عمل الإكراه في تمكين المكره من الفسخ بعد التحقيق، وهذه الأشياء التي ذكرها من النذر واليمين والظهار وغيرها لا يحتمل الفسخ فلا يعمل الإكراه فيها، أمَّا في الطلاق والعتاق فعمل الإكراه في فسخهما معنى، حتى يرجع على المكره بقدر ما فاتَ عنه، وهو قيمة العبد ونصف المهر لو كان الطلاق قبل الدخول.

وذكر في «المبسوط»، و«الإيضاح»: ولو أكره بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله تعالى، يعنِي: أكره على أن يوجب على نفسه صدقةً لله تعالى، أو صومًا، أو حجًّا، أو عمرة،

وَلَا رُجُوعَ عَلَى الْمُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ؛ لِأَنَّهُ لا مُطَالِبَ لَهُ فِي الدُّنْيَا فَلَا يُطَالَبُ بِهِ فِيهَا، وَكَذَا الْيَمِينُ، وَالظِّهَارُ لا يَعْمَلُ فِيهِمَا الإِكْرَاهُ لِعَدَمِ احْتِمَالِهِمَا الفَسْخَ،

أو غزوة في سبيل الله تعالى، أو بدنه، أو شيئـًا يتقرب به إلى الله تعالى لزمه ذلك، وكذلك إن أكرهه على اليمين بشيءٍ من ذلك، أو بغيره من الطاعات والمعاصي، والأصل فيه حديث حذيفة رضي الله عنه: «أن المشركين لمَّا أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في غزوة حلف مكرهًا، ثم أخبر به رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فقال: أوف لهم بعهدهم، ونحن نستعين بالله عليهم».

وقد بيَّنا أن اليمين بمنزلة الطلاق والعتاق في أن الهزل والجد فيه سواءٌ؛ وهذا لأن فيه منع نفسه عن شيءٍ، أو إيجاب شيءٍ على نفسه لحق الله تعالى، فيكون في معنى الطلاق والعتاق الذي يتضمن تحريم الفرج حقًا لله تعالى، فيستوي فيه الكره والطوع، والنذر بمنزلة اليمين في هذا المعنى، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «النذر يمين».

قوله: وَلَا رُجُوعَ عَلَى الْمُكْرِهِ بِمَا لَزِمَهُ؛ لأن التزامه لا يصير منسوبًا إلى المكره، وإنما ينسب إليه التلف الحاصل به ولا يتلف عليه شيء بهذا الالتزام، ثم المكره إنما ألزمه شيئـًا يؤمر بالوفاء به فيما بينه وبين ربه من غير أن يجبر عليه في الحكم، ولو ضمن له شيئـًا كان يجبر على إيفاء ما ضمن في الحكم، فيؤدي إلى أن يلزمه أكثر ممَّا يلزم المكره وذلك لا يجوز.

قوله: وَكَذَا الْيَمِينُ، وَالظِّهَارُ، أمَّا اليمين فقد ذكرنا.

وأمَّا الظهار فإنه إذا أكرهه على أن يظاهر من امرأته فظاهر كان مظاهرًا؛ لأن الظهار من أسباب التحريم يستوي فيه الجد والهزل، وقد كان طلاقـًا في الجاهلية، فأوجب الشرع به حرمة مؤقتة بالكفارة، فكما أن الإكراه لا يؤثر في الطلاق فكذلك في الظهار.

فإن أكرهه على أن يكفِّر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكرهه؛ لأنه أمره بالخروج عن حق لزمه، وذلك منه حِسْبَةٌ لا إتلاف شيء عليه بغير حق، وإن أكرهه على عتق عبد بعينه عن ظهاره ففعل عتق وعلى المكره قيمته؛ لأنه صار متلفًا عليه مالية العبد بإكراهه على إبطاله، ولم يكن عتق هذا العبد بعينه مستحقًا عليه، بل المستحق عليه كان واجبًا في ذمته

وَكَذَا الرَّجْعَةُ وَالإِيلَاءُ وَالفَيْءُ فِيهِ بِاللِّسَانِ؛ لِأَنَّهَا تَصِحُّ مَعَ الهَزْلِ، وَالخُلْعُ مِنْ جَانِبِهِ طَلَاقٌ أَوْ يَمِينٌ لا يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ، فَلَوْ كَانَ هُوَ مُكْرَهًا عَلَى الخُلْعِ دُونَهَا لَزِمَهَا البَدَلُ لِرِضَاهَا بِالِالتِزَامِ.

يُؤمر بالخروج عنه فيما بينه وبين ربه، وذلك في حق العين كالمعدوم، فلهذا ضمن المكره القيمة، بخلاف الأول فهناك أمرُه بالخروج عمَّا في ذمته من غير أن يقصد إلى إبطال ملكه في شيءٍ من إعتاق ماله.

ثم لا يجزئه عن الكفارة هنا؛ لأنه في معنى عتق بعوض، ولو استحق العوض على العبد بالشرط لا يجوز من الكفارة، فكذلك إذا استحق العوض على المكره، فإن قال: أنا أبرئه من القيمة حتى يجزيني من الكفارة، لم يجز ذلك؛ لأن العتق بعد غير مجزئ عن الكفارة، والموجود بعده إبراء عن الدين وبالإبراء لا تتأدى الكفارة، فإن قال: أعتقته حين أكرهني وأنا أردتُّ به كفارة الظهار، ولم أعتقه لإكراهه، أجزأه عن كفارة الظهار ولم يكن له على المكره شيء؛ لأنه أقرَّ أنه كان طائعًا في تصرفه، قاصدًا إلى إسقاط الواجب عن ذمته، وإقراره حجة عليه.

قوله: وَكَذَا الرَّجْعَةُ وَالإِيلَاءُ، فإنه لو أكرهه على الرجعة فراجعها صح النكاح، ولو أكرهه بوعيد تلف حتى آلى من امرأته فهو مولٍ؛ لأن الإيلاء طلاق مؤجل، أو هو يمين في الحال، والإكراه لا يمنع كل واحد منهما، فإن تركها أربعة أشهر فبانت منه ولم يكن دخل بها وجبَ عليه نصف المهر، ولم يرجع به على الذي أكرهه؛ لأنه كان متمكنـًا من أن لا يقربها في المدة، فإذا لم يفعل فهو كالراضي بما لزمه من نصف الصداق، وإن قربها كان عليه الكفارة ولم يرجع على المكره بشيءٍ؛ لأنه ما جرى على سُنن إكراهه فإنه بالإكراه منعه عن القربان وقد أتى بضدِّه؛ ولأنه ألزمَه كفارةً يفتى بها فلا يرجع عليه بضمان يحبس به.

وكذا الفَيْءُ فِيهِ بِاللِّسَانِ؛ لما ذكر في الكتاب.

وكذلك الخُلْعُ، يعني: أنه إذا أكره رجلًا على أن يخالع امرأته فخالعها وهو قد دخل

قَالَ: (وَإِنْ أَكْرَهَهُ عَلَى الزِّنَا وَجَبَ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، إِلَّا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ لا يَلْزَمُهُ الحَدُّ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ.

بها يصح الخلع ولا يرجع على المكره بشيء، وإن كان مهرها الذي تزوجها عليه أكثر من بدل الخلع؛ لما أن ذلك المهر قد تقرر عليه بالدخول، وعن هذا قالوا: لو أن رجلًا أكره بوعيد تلف حتى خلع امرأته على ألف درهم، ومهرها الذي تزوجها عليه أربعة آلاف درهم، وقد دخل بها والمرأة غير مكرهة فالخلع واقع؛ لأن الخلع من جانب الزوج طلاق، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل فكذلك بالجعل، وللزوج على امرأته ألف درهم؛ لأنَّها قد التزمت الألفَ طائعة بإزاء ما سلم لها من البينونة، ولا شيءَ على المكره للزوج؛ لأنه أتلف عليه ملك النكاح وقد بيَّنا أنه لا قيمة لملك النكاح عند الخروج من ملك الزوج، وأنه ليس بمال فلا يكون مضمونًا بالمال أصلًا، بل عند الحاجة إلى الصيانة والمضمون له لمحل المملوك لا الملك الوارد عليه، فلهذا جاز إزالة ثبوت الملك بغير شهود ولا عوض، هذا كله من «المبسوط».

قوله: إِلَّا أَنْ يُكْرِهَهُ السُّلْطَانُ، أي: حينئذٍ لا حدَّ على المكره إذا زنى، وهذا الذي ذكره قوله الآخر، وأمَّا في قوله الأول يجب الحد على المكره إذا زنى وإن كان المكره سلطانـًا، وهو قول زُفر رحمه الله ثم رجع وقال: لا حدَّ عليه إذا كان المكره سلطانـًا، وهو قولهما.

وجه قوله الأول: أن الزنى من الرجل لا يتصور إلا بانتشار الآلة، ولا تنتشر آلته إلا بلذَّة، وذلك دليل الطواعية، فمع الخوف لا يحصل انتشار الآلة، وفرق على هذا القول بين الرجل والمرأة وقال: المرأة في الزنى محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها، ألا ترى أن فعل الزنى يتحقق وهي نائمة، أو مغمى عليها لا تشعر بذلك بخلاف جانب الرجل، وفرق على هذا القول بين الإكراه على الزنى وبين الإكراه على القتل، قال: لا قود على المكره وعليه الحد، ففي كل واحد من الموضعين الحرمة لا تنكشف بالإكراه، ولكن القتل فعل يصلح أن يكون المكره آلة فيه للمكره، فبسبب الإلجاء يصير الفعل منسوبًا إلى المكره، ولهذا لزمه القصاص، وإذا صار منسوبًا إلى المكره صار المكره آلة له، فأمَّا الزنى ففعل لا يتصور

قَالَ: (وَإِذَا أَكْرَهَهُ عَلَى الرِّدَّةِ لَمْ تَبِنِ امْرَأَتُهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالِاعْتِقَادِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنًّا بِالإِيمَانِ لا يَكْفُرُ وَفِي اعْتِقَادِهِ الكُفْرَ شَكٌّ فَلَا تَثْبُتُ

أن يكون المكره فيه آلة للمكره؛ لأن الزنى بآلة الغير لا يتحقق، ولهذا لا يجب الحد على المكره، فبقي الفعل مقصورًا على المكره فيلزمه الحد.

ووجه قوله الآخر: أن الحد مشروع للزجر ولا حاجة إلى ذلك في حالة الإكراه؛ لأنه كان منزجرًا إلى أن يتحقق الإلجاء، وخوف التلف على نفسه، فإنما كان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، وانتشار الآلة لا يدل على انعدام الخوف، فقد تنتشر الآلة طبعًا بالفحولة التي ركبها الله تعالى في الرجال، وقد تكون ذلك طوعًا، ألا ترى أن النائم تنتشر آلته طبعًا من غير اختيار له في ذلك ولا قصد.

ثم على القول الآخر قال أبو حنيفة رحمه الله: إن كان المكره غير السلطان يجب الحد على المكره، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا كان قادرًا على إيقاع ما هدده به فلا حد على المكره سواء كان المكره سلطانًا أو غيره، قيل: هذا اختلاف عصر، فقد كان السلطان مطاعًا في عهد أبي حنيفة رحمه الله، ولم يكن لغير السلطان من القوة ما يقدر على الإكراه، فأجاب بناءً على ما شاهد في زمانه، ثم تغير حال الناس في عهدهما وظهر كل متغلب في كل موضع، فأجابا بناءً على ما شاهدا في زمانهما، وقيل: بل هذا اختلاف حكم.

ووجه قولهما: أن المعتبر في إسقاط الحد هو الإلجاء، وذلك بأن يكون المكره قادرًا على إيقاع ما هدده به؛ لأن خوف التلف للمكره بذلك يحصل، ألا ترى أن السلطان لو هدَّده وهو يعلم أنه لا يفعل ذلك به فإنه لا يكون مكرهًا، وخوف التلف يتحقق عند قدرة المكره على إيقاع ما هدده به، بل خوف التلف بإكراه غير السلطان أظهر منه بإكراه السلطان، فالسلطان ذو أناةٍ في الأمور لعلمه أنه لا يفوته، وغير السلطان ذو عجلة لعلمه أنه يفوته ذلك بقوة السلطان ساعةً فساعةً.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الإلجاء لا يتحقق بإكراه غير السلطان وإنما يتحقق بإكراه السلطان؛ لأنه لا يتمكن من دفع السلطان عن نفسه بالالتجاء إلى من هو أقوى منه، ويتمكن

البَيْنُونَةُ بِالشَّكِّ، فَإِنْ قَالَتِ المَرْأَةُ قَدْ بِنْتُ مِنْكَ وَقَالَ هُوَ قَدْ أَظْهَرْتُ ذَلِكَ وَقَلْبِي

من دفع اللص عن نفسه بالالتجاء إلى قوة السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر، والحكم إنما يبتني على أصل السبب لا على الأحوال، وباعتبار الأصل يمكن دفع إكراه غير السلطان بقوة السلطان، ولا يمكن دفع إكراه السلطان بشيء.

ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها؛ لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد، خلافًا للشافعي رحمه الله، وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر؛ لأن الواطئ في غير الملك لا ينفك عن حدٍّ أو مهرٍ، فإذا سقط الحد وجبَ المهر لإظهار خطر المحل، فإنه مصئون عن الابتذال محترم كاحترام النفوس، ويستوي في وجوب المهر عند إكراه الرجل على الزنا أن كانت أذنت له في ذلك، أو استكرهها، أمَّا إذا استكرهها فغير مشكل؛ لأن المهر يجب عوضًا عمَّا أتلف عليها ولم يوجد الرضا منها بسقوط حقها، وأمَّا إذا أذنت له في ذلك؛ فلأنه لا يحل لها شرعًا أن تأذن في ذلك فيكون إذنها لغوًا؛ لكونها محجورة عن ذلك شرعًا، بمنزلة إذن الصبي أو المجنون في إتلاف ماله، أو هي متهمة في هذا الإذن لما لها في ذلك الإذن من الحظ، فجعل الشرع إذنها غير معتبر للتهمة، ووجوب المال لصيانة المحل عن الابتذال، والحاجة إلى الصيانة لا تنعدم بالإذن، ألا ترى أنَّها لو زوجت نفسها بغير مهر وجب المهر، كذا في «المبسوط».

وجعل فخر الإسلام رحمه الله في «أصول الفقه» الزنا بالمرأة، والقتل، والجرح من الحرمات التي لا تنكشف، ولا تدخلها رخصة بعذر الكره ولا بغيره؛ لأن دليل الرخصة خوف التلف، والمكره والمكره عليه في ذلك سواء، فسقط الكره في حق تناول دم المكرَه عليه للتعارض، وفي الزنا فساد الفراش وضياع النسل وذلك بمنزلة القتل أيضًا.

ثم إنما قيَّد فيه بالزنا بالمرأة في عدم الرخصة بعذر الكره؛ لأن المرأة إذا أكرهت على الزنا بالقتل أو القطع رخص لها في ذلك؛ لأن ذلك تعرض لحق محترم بمنزلة سائر حقوق الله تعالى، وليس في ذلك معنى القتل؛ لأن نسب الولد عنها لا ينقطع، ولهذا قلنا: إنَّها إذا أكرهت على الزنا بالحبس لا تحد؛ لأن الإكراه الكامل يوجب الرخصة فصار القاصر شبهة، بخلاف الرجل، يعني: أنه يحد في القاصر؛ لأن الكامل صار شبهةً في حقه، فكان القاصر شبهة الشبهة

مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ غَيْرُ مَوْضُوعٍ لِلْفُرْقَةِ وَهِيَ بِتَبَدُّلِ الِاعْتِقَادِ وَمَعَ الإِكْرَاهِ لا يَدُلُّ عَلَى التَّبَدُّلِ فَكَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، بِخِلَافِ الإِكْرَاهِ عَلَى الإِسْلَامِ حَيْثُ يَصِيرُ بِهِ مُسْلِمًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ وَاحْتَمَلَ رَجَّحْنَا الإِسْلَامَ فِي الحَالَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَعْلُو وَلا يُعْلَى، وَهَذَا بَيَانُ الحُكْمِ، أَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْهُ

وهي لا تعتبر فتحد، أمّا في حق المرأة لمَّا كان الكامل رخصة صار القاصر نفس الشبهة فلا تحد؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وقد أوفيناه في «الوافي».[1]

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ اسْتِحْسَانًا، قيّد به؛ لأن في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما؛ لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطلاق، فيستوي في ذلك الطائع والمكره، ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلْفُرْقَةِ، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد، والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة، كذا في «الإيضاح».

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا احْتَمَلَ، أي: لمَّا احتمل حالة الإسلام والكفر في حالة إجراء كلمة الكفر على اللسان بالإكراه.

قوله: رَجَّحْنَا الإِسْلَامَ، في هاتين الحالتين؛ إمَّا لما ذكره في الكتاب، أو لما ذكر في «الإيضاح» فقال: لأن الإسلام يقوم باللسان وبالقلب، فإنه لو أسلم بقلبه ولم يتكلم لم يحكم بإسلامه، فإذا أكره فقد وجد أحد الركنين صحيحًا وهو الكلام، وفي الركن الثاني احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطًا، فأمَّا الردة فتحصل بمجرد الاعتقاد، ألا ترى أنه لو نوى أن يكفر يصير كافرًا وإن لم يتكلم به، والإكراه دليل دال على عدم تغير الاعتقاد فلم يحكم بالردة احتياطًا، وحكمنا بصحة الإسلام احتياطًا، وهذا في حق الحكم.

قوله: وَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْهُ فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ، وكذلك لو رجع عن

(١) يُريد الشَّارح رحمه الله كتابه المصنَّف في أصول الفقه، وهو «الوافي شرح المنتخب للإخسيكثي»، والكتاب تمَّ تحقيقه في جامعة أم القرى، بمكة المكرمة، من الأخ الدكتور: أحمد محمد حمود اليماني، لنيل درجة الدكتوراة، وطبع في خمس مجلدات.

فَلَيْسَ بِمُسْلِمٍ، وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى الإِسْلَامِ حَتَّى حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْتَلْ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَتْلِ. وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ عَلَى إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ بَانَتْ مِنْهُ حُكْمًا لا دِيَانَةً؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ طَائِعٌ بِإِتْيَانِ

الإسلام لا يقتل؛ لأنه تمكنت الشبهة فاعتبرنا الإسلام صحيحًا واعتبرنا الشبهة لنفي القتل، وكذلك قالوا في الكافر: إذا أسلم وله أولاد صغار حكم بإسلامهم تبعًا، فإن بلغوا كفارًا أجبروا على الإسلام ولم يقتلوا.

قوله: وَلَوْ قَالَ الَّذِي أُكْرِهَ عَلَى إِجْرَاءِ كَلِمَةِ الكُفْرِ أَخْبَرْتُ عَنْ أَمْرٍ مَاضٍ وَلَمْ أَكُنْ فَعَلْتُ - أي: ما فعلتُ في زمان ماض، بل أخبرتُ كاذبـًا - بَانَتْ مِنْهُ - أي: امرأته - حُكْمًا لا دِيَانَةً، وحاصل ذلك أن الذي أتى به المكره إذا لم يكن على وفق ما أكرهه المكره، بل أتى بغير ما أكرهه عليه، وفي ذلك الذي أتى به المكره ممَّا يوجب الفرقة بينه وبين امرأته قضاءً، قضى القاضي بالفرقة، وإلا فلا.

وذكر في «المبسوط»، و«الذخيرة»: فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

(١) أحدها: أن يقول: قد خطر ببالي أن أقول لهم: قد كفرتُ بالله، أريد الخبر عمَّا مضى فقلتُ ذلك أريد به الخبر والكذب، ولم أكن فعلتُ ذلك فيما مضى، فهذا مخرج صحيح فيما بينه وبين ربه، ولا يسعه أن ينوي ذلك إذا خطر بباله؛ لأن الإنشاء جناية صورةً من حيث تبديل التصديق باللسان، وإن لم يكن جناية معنًى لطمأنينة القلب بالإيمان، والإخبار لا يكون جنايةً صورةً ولا معنًى، فعليه أن ينوي ذلك إذا خطر بباله ولكن لا يظهره للناس، فإن أظهر هذا المراد للناس بانت منه امرأته في الحكم وإن لم تبن فيما بينه وبين ربه؛ لأنه أقرَّ بأنه أتى بغير ما أكره عليه فقد أكره على الأشياء وهو أتى بالإقرار فكان طائعًا في هذا الإقرار، ومن أقرَّ بالكفر طائعًا بانت منه امرأته في الحكم، وأمَّا فيما بينه وبين الله تعالى لا تبين منه.

(٢) والثاني: أن يقول: خطر ببالي الإخبار عن كفر بالماضي والكذب، ولكن لم أرد ذلك بل أردت كفرًا مستقبلًا جوابًا لكلامهم وقلتُ: قد كفرتُ بالله، أريد به ما طلب

مَا لَمْ يُكْرَهْ عَلَيْهِ، وَحُكْمُ هَذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرْنَاهُ. وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ مَا طُلِبَ مِنِّي وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِي الخَبَرُ عَمَّا مَضَى بَانَتْ دِيَانَةً وَقَضَاءً؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مَخْلَصًا غَيْرَهُ.

منِّي المكره ولم أرد به الخبر عن الماضي، فهذا كافر تبين منه امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه بعد ما خطر هذا بباله وقد تمكَّن من الخروج عما ابتلي به بأن ينوي ذلك، والضرورة تنعدم بهذا التمكن، فإذا لم يفعل ذلك وأنشأ الكفر كان بمنزلة من أجرى كلمة الشرك طائعًا؛ وذلك لأنه لمَّا خطر بباله الإخبار بالكفر عن الماضي كاذبًا كان تمكنه التخلص عما أكره عليه بأقل ممَّا أكره عليه، وهو الإخبار عن الكفر في الماضي كاذبًا دون الإنشاء؛ لأن الإنشاء كفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، والإخبار عن الكفر كاذباً في الماضي كفر في القضاء، وأمَّا فيما بينه وبين ربه فليس بكفر، ومتى أمكن للمكره دفع ما أكره عليه بأقلّ ممَّا أكره عليه فأتى بالزيادة يجعل طائعًا في الزيادة؛ لأنه لا حاجةَ له إلى الزيادة فقد أنشأ كفرًا طائعًا فيحكم بكفره في القضاء فيما بينه وبين ربه، بخلاف ما إذا لم يخطر بباله الإخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب؛ لأن هناك لا يمكنه دفع الإكراه إلا بعين ما أكره عليه ويجعل مكرهًا.

(٣) والمكره على إنشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه، وهو الوجه الثالث، وهو أن يقول: لم يخطر ببالي شيء ولكن كفرتُ بالله كفرًا مستقبلًا، وقلبي مطمئن بالإيمان، فلا تبين منه امرأته استحسانـًا؛ لأنه لمَّا لم يخطر بباله سوى ما أكره عليه كانت الضرورة متحققة، ومع تحقق الضرورة يرخص له في إجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالإيمان.

قوله: وَحُكْمُ هَذَا الطَّائِعِ مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى **قوله: بَانَتْ مِنْهُ حُكْمًا لا دِيَانَةً**؛ وذلك لأن الطائع إذا أقرَّ بالكفر فيما مضى ثم قال: عنيتُ به الكفر كاذبًا، لا يصدقه القاضي؛ لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى محتمل لفظ، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

الصَّلِيب: شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى.

وَعَلَى هَذَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ وَسَبِّ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فَفَعَلَ وَقَالَ نَوَيْتُ بِهِ الصَّلَاةَ لِلَّهِ تَعَالَى وَمُحَمَّدًا آخَرَ غَيْرَ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَانَتْ مِنْهُ قَضَاءً لا دِيَانَةً، وَلَوْ صَلَّى لِلصَّلِيبِ وَسَبَّ مُحَمَّدًا النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - وَقَدْ خَطَرَ بِبَالِهِ الصَّلَاةُ لِلَّهِ تَعَالَى وَسَبُّ غَيْرِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ

قوله: وَعَلَى هَذَا إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الصَّلَاةِ لِلصَّلِيبِ، معناه: أن يسجد له، وهذه المسألة على ثلاثة أوجه أيضـًا، ففي الوجهين لا يكفر في القضاء وفيما بينه وبين الله إذا لم يظهر به، وفي وجهٍ واحدٍ يكفر مطلقًا، فإنه إذا لم يخطر بباله شيء لم تبن منه امرأته، وإن خطر بباله أن يصلي لله تعالى وقد صلى لله تعالى لا للصليب وهو الوجه الثاني لا يكفر أيضـًا، لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، فإذا خطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة، أو غير مستقبل القبلة ينبغي أن يقصد ذلك؛ لأن الصلاة غير مستقبل القبلة تجوز عند الضرورة، والأعمال بالنيَّات، فإن ترك هذا بعد ما خطر بباله وصلى للصليب كما أكره عليه، كفر بالله وبانت منه امرأته، ويكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه وهو الوجه الثالث؛ لأنه بعد ما خطر بباله قد وجد المخرج عما ابتلي به، فإذا لم يفعل كان كافرًا.

وهذه المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم لا يجوز.

قوله: وَسَبِّ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وهذا على ثلاثة أوجه أيضـًا، فإن المكره فيه إذا أجابهم إلى ذلك وشتم محمدًا ولم يخطر بباله شيءٌ لم تبن منه امرأته، فإن خطر بباله رجل من النصارى يقال له محمد فإنه يشتم محمدًا ويريد به ذلك الرجل فلا تبين منه امرأته، فإن ترك ما خطر على باله وشتم محمدًا وقلبه كاره لذلك كان كافرًا، وتبين منه امرأته وهو الوجه الثالث؛ لأنه بعد ما خطر بباله قد وجد مخرجًا عما ابتلي به فإذا لم يفعل كان كافرًا، فإن شتم النبي صلَّى الله عليه وسلَّم في غير موضع الضرورة كفر، وكراهيته بقلبه لا ينفعه شيئـًا.

وقد أظرف محمد رحمه الله في هذه العبارة حيث لم يقل: خطر بباله رجل من المسلمين

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - بَانَتْ مِنْهُ دِيَانَةً وَقَضَاءً لِمَا مَرَّ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ زِيَادَةً عَلَى هَذَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

يقال له: محمد، غير رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، وإنما قال: رجل من النصارى؛ لأن الشتم في حق النصراني أهون منه في حق المسلم، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

وبهذا يعلم أن قوله: بَانَتْ مِنْهُ قَضَاءً لا دِيَانَةً، فيما إذا أظهر نيته وقال: نويتُ به الصلاة لله، ومحمدًا آخر غير النبي؛ لأن القاضي لا يقبل نيته وقد أتى بغير ما أمر به المكره، فكان طائعًا في هذا ونيته باطنة فلذلك تبين منه امرأته قضاءً.

وأمَّا إذا لم يقل: نويتُ به الصلاة لله، ومحمدًا آخر فلا تبين منه امرأته لا قضاءً ولا ديانةً.

قوله: لِمَا مَرَّ، أراد به قوله: لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ مُبْتَدِئٌ بِالكُفْرِ هَازِلٌ بِهِ حَيْثُ عَلِمَ لِنَفْسِهِ مَخْلَصًا غَيْرَهُ؛ لأنه لمَّا خطر بباله شتم محمد النصراني قد وجد مخرجًا عما ابتلي به، ثم لمَّا ترك ما خطر بباله وشتم محمدًا النبي صلَّى الله عليه وسلَّم كان كافرًا، وإن وافق المكره المكره فيما أكرهه؛ لأنه إنما وافقه بعد ما وجد المخرج عما ابتلي به، فكان غير مضطر في موافقته، ومن شتم محمدًا النبي صلَّى الله عليه وسلَّم من غير اضطرار كان كافرًا، والله تعالى أعلم بالصواب، وصلَّى الله تعالى على سيِّدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلَّم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ الحَجْرِ

كتابُ الحجر

أورد كتاب الحجر عقيب الإكراه؛ لأن في كل واحد منهما سلبًا لولاية المختارة عن الجري على موجب اختياره، إلا أن الإكراه أقوى تأثيرًا في حق سلب الولاية؛ لأن فيه سلبًا لها عمَّن له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر فكان هو أحق بالتقديم لقوته.

ثم محاسن الحجر هي: النظر والمرحمة في حق المحجور، وفي حق من ينوب عنه؛ لأن المحجور إنما يحجر عمَّا يهواه لأسباب تقتضي الحجر عن مبتغاه؛ لأن الله تعالى خلق الورى وفاوتَ بينهم في الحجر، فجعل بعضهم أولي الرأي والنهى، ومنهم أعلام الهدى، ومصابيح الدجى، وجعل بعضهم مبتلًى ببعض أسباب الرَّدي فيما يرجع إلى معاملات الدنيا، كالمجنون الذي هو عديم العقل، والمعتوه الذي هو ناقص العقل، فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرًا من الشرع لهما؛ لأن الظاهر من تصرفهما هو ضرر يلزمهما؛ لأنه ليس لهما عقل كامل يرد عنهما، وتمييز وافر يمنعهما، ومن يعاملهما باحتياله الكامل يستجر نفعه، ويطلب بيعُه فيلزمهما الضرر، فلا محيصَ له بعد تحققه فأثبتَ الحجر عن نفاذ تصرفهما، لكي يمنع الضرر عن الوقوع في أصله.

وكذلك حجر الصبي والرقيق، أمَّا الصبي ففي أول أحواله كالمجنون، وفي آخره كالمعتوه، فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حقِّ الصبي، وأمَّا الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره؛ لأنه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير البيعة، مثل استعماله في مال نفسه عادةً، فُسدَّ باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرًا للمولى.

قَالَ: (الأَسْبَابُ المُوجِبَةُ لِلْحَجْرِ ثَلَاثَةٌ: الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ، وَالجُنُونُ، فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَلَا تَصَرُّفُ العَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ بِحَالٍ). أَمَّا الصَّغِيرُ فَلِنُقْصَانِ عَقْلِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِذْنَ الوَلِيِّ آيَةُ أَهْلِيَّتِهِ، وَالرِّقُّ

وأمَّا حجر المديون وحجر السفيه على قولهما فنظر للمحجور ولغيره على ما يجيء، وإذا ثبتَ هذا عُلم أن الحجر في أنواعه مبنِي على المرحمة، والنظر، ودفع الأذى والضرر، فكان الحجر حسناً لمعنى في نفسه؛ لما أن جماع أمر الديانة والإسلام في شيئين: التعظيم لأمر الله، والشفقة على خلق الله، ولا ارتياب لأحد في أن حسن تعظيم أمر الله تعالى ذاتِي فكذا شفقته.

فنحتاج هاهنا إلى بيان الحجر لغةً، وشرعًا، وأسبابه، وأنواعه.

أمَّا الأول: فالحجر لغةً المنع، فإنه مصدر قولك: حجر عليه القاضي يحجر حجرًا، إذا منعه من التصرف في ماله.

وأمَّا شرعًا: فإنه عبارة عن منع مخصوص، وهو المنع من التصرف في حق شخص مخصوص، وهو الصغير، والرقيق، والمجنون.

وأمَّا أسبابه: فمصادر هذه الأسامي وهي: الصِّغَرُ، وَالرِّقُّ، وَالجُنُونُ.

وأمَّا أنواعه: فهذه الثلاثة بالاتفاق وهي: الصغير، والرقيق، والمجنون، وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى وهي: المفتي الماجن، والمتطبب الجاهل، والمكاري المفلس، وهذا أيضاً بالاتفاق على ما حُكي عن أبي حنيفة رحمه الله.

وأمَّا حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيدًا فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

قوله: وَلَا تَصَرُّفُ المَجْنُونِ المَغْلُوبِ، وهو الذي لا يفيق زمانـًا بحال، أي: في كل الأحوال، هذا احتراز عن المجنون الذي قد يعقل البيع ويقصده، فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل على ما يجيء، فيتوقف إلى إجازة الولي، وأمَّا تصرف المجنون المغلوب فلا يجوز أصلًا بلا توقف.

لِرِعَايَةِ حَقِّ المَوْلَى كَيْ لا يَتَعَطَّلَ مَنَافِعُ عَبْدِهِ. وَلا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ بِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ المَوْلَى بِالإِذْنِ رَضِيَ بِفَوَاتِ حَقِّهِ، وَالجُنُونُ لا تُجَامِعُهُ الأَهْلِيَّةُ فَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِحَالٍ، أَمَّا العَبْدُ فَأَهْلٌ فِي نَفْسِهِ وَالصَّبِيُّ تُرْتَقَبُ أَهْلِيَّتُهُ فَلِهَذَا وَقَعَ الفَرْقُ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلاءِ شَيْئًا، أَوِ اشْتَرَى، وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَهُ)؛ لِأَنَّ التَّوَقُّفَ فِي العَبْدِ لِحَقِّ المَوْلَى فَيَتَخَيَّرُ فِيهِ، وَفِي الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ نَظَرًا لَهُمَا فَيَتَحَرَّى مَصْلَحَتَهُمَا فِيهِ، وَلا بُدَّ

قوله: وَالصَّبِيُّ تُرْتَقَبُ أَهْلِيَّتُهُ، بضم التاء على بناء المفعول، ورفع أهليتُه، أي: ينتظر أهليته.

قوله: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلاءِ، أي: الصبي، والعبد، والمجنون الذي يجن ويفيق.

قوله: وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ - أي: يعلم أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له - وَيَقْصِدُهُ - أي: ويقصد البيع لإفادة هذا الحكم الذي ذكرنا بأن البيع سالب، والشراء جالب، هذا احتراز عن بيع الهازل فإن بيعه ليس لإفادة هذا الحكم - فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ، وكذلك الوصي أيضًا بالخيار فإن له ولاية الإذن كالولي، ذكره في «الذخيرة» ثم قال فيها:

وإذا باع الصبي شيئًا من ماله، أو اشترى لنفسه قبل الإذن، وهو يعقل البيع والشراء ينعقد تصرفه عندنا وينفذ بإجازة الولي، وكذلك الصبي الذي يعقل البيع والشراء إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء، فباع واشترى جاز عندنا، فالمذهب عندنا أن الصبي العاقل صحيح العبارة فيما ينفعه من التصرفات، سواء كان موليًا عليه أو لم يكن كقول الهبة والإسلام، وفيما يتردد بين الضرر والنفع كالتجارة فهو صحيح العبارة انعقادًا لا نفاذًا، وفيما يضره من كل وجه كالطلاق والعتاق فهو فاسد العبارة نفاذًا وانعقادًا.

ومعنى قول محمد رحمه الله في الكتاب: إذا كان الصبي يعقل البيع والشراء، يعني: إذا كان يعقل معنى البيع والشراء، بأن كان يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا نفس العبارة، فإن كل صبي إذا لقن البيع والشراء يتلقنهما.

أَنْ يَعْقِلَا البَيْعَ لِيُوجَدَ رُكْنُ العَقْدِ فَيَنْعَقِدُ مَوْقُوفًا عَلَى الإِجَازَةِ، وَالمَجْنُونُ قَدْ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ وَإِنْ كَانَ لا يُرَجِّحُ المَصْلَحَةَ عَلَى المَفْسَدَةِ وَهُوَ المَعْتُوهُ الَّذِي يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ كَمَا بَيَّنَّا فِي الوَكَالَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: التَّوَقُّفُ عِنْدَكُمْ فِي البَيْعِ، أَمَّا الشِّرَاءُ فَالأَصْلُ فِيهِ النَّفَاذُ عَلَى المُبَاشِرِ. قُلْنَا: نَعَمْ إِذَا وَجَدَ نَفَاذًا عَلَيْهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الفُضُولِيِّ، وَهَاهُنَا لَمْ نَجِدْ نَفَاذًا لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ أَوْ لِضَرَرِ المَوْلَى فَوَقَّفْنَاهُ.

قَالَ: (وَهَذِهِ المَعَانِي الثَّلَاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ دُونَ الأَفْعَالِ)؛ لِأَنَّهُ لا مَرَدَّ لَهَا

قوله: فَإِنْ قِيلَ: التَّوَقُّفُ عِنْدَكُمْ فِي البَيْعِ، أَمَّا الشِّرَاءُ فَالأَصْلُ فِيهِ النَّفَاذُ عَلَى المُبَاشِرِ، يعني: أن حكم الشراء هو النفاذ من غير توقف، على ما مرَّ في فصل بيع الفضولي من كتاب البيوع، فكيف قال هاهنا مع ذلك: فينعقد موقوفًا على الإجازة، فأجاب عنه بما أجاب في الكتاب.

ثم اعلم أن هذا الإشكال الذي ذكره إنما يرد على لفظ «مختصر القدوري» حيث قال فيه: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا، أَوِ اشْتَرَى، أمَّا هاهنا لم يذكر **قوله:** أَوِ اشْتَرَى، فلا يرد الإشكال، ولكن جعل المذكور في «القدوري» مذكورًا هاهنا، فأورد الإشكال.

قوله: وَهَذِهِ المَعَانِي الثَّلَاثَةُ - وهي: الصغر، والرق، والجنون - تُوجِبُ الحَجْرَ فِي الأَقْوَالِ، حتى أوجب التوقف في الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد، فأوجب الحجر عن الأصل بالإعدام في حكم أقوال تتمحض ضررًا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون، دون العبد.

وقوله: دُونَ الأَفْعَالِ، أي: لا يوجب الحجر في الأفعال، حتى أن ابن يوم لو انقلب على قارورة إنسان مثلا فكسرها يجب الضمان عليه في الحال، وكذلك العبد والمجنون إذا أتلفا شيئًا لزمهما ضمانه في الحال.

قوله: لِأَنَّهُ لا مَرَدَّ لَهَا، أي: للأفعال؛ لأن الإتلاف بعد حصوله لا يمكن أن يجعل كالإتلاف.

لِوُجُودِهَا حِسًّا وَمُشَاهَدَةً، بِخِلَافِ الْأَقْوَالِ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا مَوْجُودَةً بِالشَّرْعِ وَالْقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ (إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) فَيُجْعَلُ عَدَمُ الْقَصْدِ فِي ذَلِكَ شُبْهَةً فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

قَالَ: (وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لا تَصِحُّ عُقُودُهُمَا وَلا إِقْرَارُهُمَا) لِمَا بَيَّنَّا (وَلا يَقَعُ طَلَاقُهُمَا وَلا عَتَاقُهُمَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ

قوله: بِخِلَافِ الْأَقْوَالِ، أي: بخلاف أقوال هؤلاء، فإن هؤلاء وهم: الصغير، والمجنون، والعبد، محجورون عن نفاذ الأقوال التي تتردد بين النفع والضر كالبيع والشراء.

وقوله: مَوْجُودَةً، بالنصب على الحال، وقوله: بِالشَّرْعِ خبر.

قوله: لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا، أي: لأن اعتبار الأقوال إنما يكون بشرع الشارع، والشارع لم يجعل أقوال هؤلاء فيما يتردد بين النفع والضرر معتبرة في حق النفاذ؛ لما أن القصد وهو إرادة حكم ما باشره من العقود شرط في حبس هذا التصرف، ولهذا لم ينفذ بيع الهازل، وليس للصبي والمجنون قصد؛ لقصور العقل، فلم يوجد المشروط وهو نفاذ هذه العقود؛ لعدم شرطه وهو القصد، وأمّا في حق العبد فللزوم الضرر على المولى من غير اختياره، فلذلك توقف في إجازة المولى.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ فِعْلًا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، هذا الاستثناء من قوله: دُونَ الْأَفْعَالِ، أي: هذه المعاني الثلاثة لا توجب الحجر في حق الأفعال، حتى وجب الضمان فيما لو أتلفوا مال إنسان أو نفسه إلا في الفعل الذي يوجب الحد والقصاص، كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، وقتل نفس معصومة عمدًا، فإن ذلك الفعل لو وجد من الصبي والمجنون لا يوجب الحدود والقصاص، فإن عدم القصد ثابت في حقهما لقصور عقلهما، فكان ذلك شبهة في وجوب الحدود والقصاص، فلا تجب هي للشبهة.

قوله: وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لا تَصِحُّ عُقُودُهُمَا، أي: لا تنفذ، فإنه ينعقد موقوفًا على ما مرَّ

وَالمَعْتُوهِ» وَالإِعْتَاقُ يَتَمَحَّضُ مَضَرَّةً، وَلَا وُقُوفَ لِلصَّبِيِّ عَلَى المَصْلَحَةِ فِي الطَّلَاقِ بِحَالٍ لِعَدَمِ الشَّهْوَةِ، وَلَا وُقُوفَ لِلْوَلِيِّ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ عَلَى اعْتِبَارِ بُلُوغِهِ حَدَّ الشَّهْوَةِ، فَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّفَانِ عَلَى إِجَازَتِهِ وَلَا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ، بِخِلَافِ سَائِرِ العُقُودِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا ضَمَانُهُ) إِحْيَاءً لِحَقِّ المُتْلَفِ عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كَوْنَ الإِتْلَافِ مُوجِبًا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى القَصْدِ كَالَّذِي يَتْلَفُ بِانْقِلَابِ النَّائِمِ عَلَيْهِ وَالحَائِطِ المَائِلِ بَعْدَ الإِشْهَادِ، بِخِلَافِ القَوْلِيِّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (فَأَمَّا العَبْدُ فَإِقْرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِقِيَامِ أَهْلِيَّتِهِ،

في قوله: وَمَنْ بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ شَيْئًا ... وَهُوَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَيَقْصِدُهُ فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ، وإنما أعاد هذا لتنساق أحكام القوليات كلها مذكورة في موضع واحد.

وبهذه العبارة يعلم أن المفتي لو سُئل عن العقد الموقوف أيجوز أم لا؟ ينبغي أن يجيب بلا يجوز، ولا يجيب بأنه ينعقد موقوفاً حيث ذكر هاهنا: لَا تَصِحُّ عُقُودُهُمَا، ولم يقل: تنعقد موقوفة، مع أن الحكم فيه كذلك.

قوله: وَلَا وُقُوفَ لِلْوَلِيِّ عَلَى عَدَمِ التَّوَافُقِ، أي: بين الصغير وامرأته، فلا يكون واقعًا على المصلحة لذلك.

قوله: عَلَى إِجَازَتِهِ، - أي: إجازة الولي - وَلَا يَنْفُذَانِ بِمُبَاشَرَتِهِ، أي: بمباشرة الولي.

قوله: وَالحَائِطِ المَائِلِ بَعْدَ الإِشْهَادِ، - يعني: لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط - بِخِلَافِ القَوْلِيِّ - فإنه يتوقف على القصد - عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أراد به قوله: بِخِلَافِ الأَقْوَالِ، إلى قوله: وَالقَصْدُ مِنْ شَرْطِهِ.

قوله: فَأَمَّا العَبْدُ فَإِقْرَارُهُ نَافِذٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، ولهذا يُؤاخذ به بعد الحرية.

(غَيْرُ نَافِذٍ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ) رِعَايَةً لِجَانِبِهِ؛ لِأَنَّ نَفَاذَهُ لا يَعْرَى عَنْ تَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ أَوْ كَسْبِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ إِتْلَافُ مَالِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ) لِوُجُودِ الأَهْلِيَّةِ وَزَوَالِ المَانِعِ وَلَمْ يَلْزَمْهُ فِي الحَالِ لِقِيَامِ المَانِعِ (وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ لَزِمَهُ فِي الحَالِ)؛ لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ حَتَّى لا يَصِحُّ إِقْرَارُ المَوْلَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ.

قوله: غَيْرُ نَافِذٍ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ، حتى لا يُؤاخذ به في حال رقبته؛ لقيام المانع وهو حق المولى؛ لأن موجب إقراره حينئذٍ يقع في مال المولى دفعًا، أو فداءً، فلذلك لم يصح إقراره في حقه، بخلاف إقراره بالحد أو القصاص فإنه يؤاخذ به، وإن كان موجب إقراره يقع في مال المولى أيضـًا، والفرق بوجهين:

أحدهما: أن في الحد والقصاص نقصان مال المولى، وهلاكه ثبت في ضمن خبر يرجح جانب صدقه؛ وذلك لأن العبد إذا أقرَّ بالحد والقصاص يقع الضرر أوَّلًا في حق نفسه قصدًا، والعاقل لا يلتزم الضرر كاذبًا ظاهرًا، ولذلك صح الأقارير كلها من الحر، فلمَّا ثبت نقصان مال المولى هاهنا بطريق الضمن لم يعتبر عدم التزامه؛ لأن الضمنيات لا تعتبر، بخلاف إقراره بالمال، فإنه لو أخذ بموجب إقراره في الحال يقع الضرر في حق المولى قصدًا؛ لأنه لا مالَ للعبد في حقه، والمولى لم يلتزمه مع أنه لا ضرر على العبد فيه، فكان متهمًا في إقراره في حقه فلا يصح في حقه لذلك.

والثانِي: أن الحدود والقصاص من خواص الآدمية، والعبد مبقى على أصل الحرية فيها حتى وجبت الصلاة والصوم عليه، وصحَّ نكاحه وطلاقه فكذلك صح إقراره بها أيضـًا؛ لأنه لا تعلق للمولى به فيما يختص به الآدمي، بل تعلقه به من حيث المالية لا غير، وعن هذا لم يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص، وصحَّ إقراره عليه بضمان المال لوقوع الثانِي في حق المولى دون الأول.

(وَيَنْفُذُ طَلَاقُهُ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَمْلِكُ العَبْدُ وَالمُكَاتَبُ شَيْئًا إِلَّا الطَّلَاقَ» وَلِأَنَّهُ عَارِفٌ بِوَجْهِ المَصْلَحَةِ فِيهِ فَكَانَ أَهْلًا، وَلَيْسَ فِيهِ إِبْطَالُ مِلْكِ المَوْلَى وَلَا تَفْوِيتُ مَنَافِعِهِ فَيَنْفُذُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، أراد به ما ذكر قبيل هذا: «كُلُّ طَلَاقٍ وَاقِعٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ الحَجْرِ لِلْفَسَادِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا يُحْجَرُ عَلَى الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ السَّفِيهِ، وَتَصَرُّفُهُ

بابُ الحجر للفساد

لمَّا ذكر الحجر من حيث الصغر، والرق، والجنون، شرع في بيان الحجر من حيث الفساد لكونه حجرًا كهُو، وقدم الأول؛ لأن الصغر، والرق، والجنون من العوارض السماوية، والسماوية مقدمة على الكسبية؛ لعراقته في العارضية، فتقديم ما هو أعرق أَوْلى؛ لما فيها من المناسبة؛ أو لأن الأول متفق عليه، وهذا الحجر مختلف فيه.

ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلًا.

قوله: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُحْجَرُ عَلَى الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ، سواءٌ كان الحجر بسبب الدين أو بسبب السفه، حتى تنفذ تصرفاته بعد الحجر على حسب ما كان ينفذ قبل الحجر، ويخاطب بعد الحجر بما كان يخاطب به قبل الحجر.

وعندهما الحجر على نوعين:

(١) حجر بسبب السفه والفساد (٢) وحجر بسبب الدين.

أمَّا الحجر بسبب السفه والفساد فعلى نوعين:

أحدهما: لحقه في عقله، فكان سليم القلب لا يهتدي إلى التصرفات فحجر عليه القاضي على قولهما صيانةً لماله، فإنه لو لم يحجر عليه ربما يأتِي على جميع ماله لقلة

فِي مَالِهِ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ مُبَذِّرًا مُفْسِدًا يُتْلِفُ مَالَهُ فِيمَا لا غَرَضَ لَهُ فِيهِ وَلا مَصْلَحَةَ.

هدايته، وسلامة قلبه.

والثاني: أن يكون سفيهًا، مبذرًا، مضيعًا لماله، إمَّا في الشر بأن يجمع أهل الشراب والفسقة في داره، ويطعمهم، ويسقيهم، ويسرف في النفقة، ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم، أو في الخير بأن يصرف جميع ماله في بناء المساجد وأشباه ذلك، فيحجر عليه القاضي عندهما، ثم اختلفا في الحجر بسبب السفه، قال أبو يوسف رحمه الله: لا يثبت إلا بقضاء القاضي كما في الحجر بسبب الدين، وعند محمد رحمه الله يثبت هذا الحجر بسبب السفه، ولا يتوقف إلى القضاء، والفرق لمحمد رحمه الله أن حجر السفيه لمعنًى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير، فأشبه المجنون، وثمَّة ينحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء، فكذا هاهنا.

وأمَّا الحجر بسبب الدين فليس بمعنى فيه بل لحق الغرماء، حتى لا يتلف حقهم بتصرفه، فيتوقف على قضاء القاضي؛ لأن له ولاية عليه فيعمل حجره، فأمَّا الغريم لا ولاية له فلا يجوز حجره، كذا في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: قال أبو حنيفة رحمه الله: الحجر على الحرِّ باطل، ثم قال: ومرادُه إذا بلغ عاقلًا ثم سفه، وأمَّا إذا بلغ سفيهًا فقد ذكر في «الذخيرة»: أن العلماء اتفقوا فيه على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسًا وعشرين سنة.

ثم اعلم أن السفيه غير المعتوه، فإن المعتوه هو ناقص العقل، والسفيه هو كامل العقل إلا أنه لا يجري على موجب عقله.

وقال في «المبسوط»: السفيه هو العمل بخلاف موجب الشرع، وهو اتباع الهوى، وترك ما يدل عليه العقل، والحِجَى، وأصل المسامحة في التصرفات، والبر والإحسان مندوبٌ إليه شرعًا، ولكن بطريق السفه والتبذير مذموم شرعًا وعرفًا، ولهذا لا تنعدم الأهلية بسبب السفه، ولا يجعل السفه عذرًا في إسقاط الخطاب عنه بشيءٍ من الشرائع، ولا في إهدار عبارته فيما يُقرُّ به على نفسه من الأسباب الموجبة للعقوبة، فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة،

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُبَذِّرٌ مَالَهُ بِصَرْفِهِ لا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَقْتَضِيه العَقْلُ فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ احْتِمَالُ التَّبْذِيرِ وَفِي حَقِّهِ حَقِيقَتُهُ وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ، ثُمَّ هُوَ لا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجْرِ لِأَنَّهُ يُتْلِفُ بِلِسَانِهِ مَا مُنِعَ مِنْ يَدِهِ.

نحو أن يلقيه في البحر، أو يحرقه بالنار.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ: يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ، اعلم أن الحجر بسبب السفه عندهما إنما يعمل في حق تصرف يتصل بماله، ولا يصح مع الهزل والكره، كالبيع، والإجارة، والإقرار بالمال، ولا يعمل في حق تصرف يتصل بماله ولكن يصح مع الهزل والكره، كالطلاق، والعتاق، والدعوة، حتى يصح منه هذه التصرفات بعد الحجر، وكذلك لا يعمل في حق تصرف يتصل بنفسه ولا تعلق له بالمال كالإقرار بالحدود، والقصاص، حتى صح الإقرار بهذه الأشياء بعد الحجر.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا بلغ الصبي مفسدًا لماله فإنه لا يدفع إليه ماله ويجوز تصرفه، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ نَظَرًا لَهُ اعْتِبَارًا بِالصَّبِيِّ، هذا التعليل إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لا على قول الشافعي رحمه الله، فإن الحجر على السفيه على قول الشافعي رحمه الله بطريق الزجر والعقوبة عليه، لا بطريق النظر له، ويتبين هذا الخلاف بينهم فيما إذا كان مفسدًا في دينه، مصلحًا في ماله كالفاسق، فعند الشافعي رحمه الله يحجر عليه بهذا النوع من الفساد بطريق العقوبة والزجر، ولهذا لم يجعل الفاسق أهلًا للولاية، وعندهما لا يحجر عليه، فالفاسق عند أصحابنا أهل للولاية على نفسه على العموم، وعلى غيره إذا وجد شرط تعدي ولايته إلى غيره، كذا في «المبسوط».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا بِالرَّشِيدِ،

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ، فإن قلتَ: هذا الذي ذكره من الكلي يشكل بالعبد، فإنه مخاطب عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه، قلتُ: عن هذا ذكر جوابين:

أحدهما: أنه ذكر المخاطب مطلقاً، فيتناول الكامل منه كالعاقل، فإنه لا يتناول المعتوه مع أن له نوع عقل حتى ينعقد بيعه وشراؤه موقوفاً إلى إجازة الولي، كبيع الصبي العاقل والعبد ليس بمخاطب مطلقاً؛ لسقوط الخطابات المالية سبباً وشرطاً، كالزكاة، وصدقة الفطر، والأضحية، والكفارات المالية، وسقوط بعض الخطابات غير المالية كالحج، وصلاة الجمعة، والعيدين، وخطاب الشهادات، وسقوط خطاب شطر الحدود والعدد وغيرها.

والثاني: أن المراد من **قوله:** أَنَّهُ مُخَاطَبٌ، أي: بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام؛ لأن الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع، والشراء، والهبات، والصدقات، فعندهما يحجر عنها، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يحجر، فحينئذٍ لا يتناول **قوله:** أَنَّهُ مُخَاطَبٌ، للعبد؛ لأنه لا تصرف له في المال؛ لأنه لا مال له إذ لا يملك المال وإن ملك، فلذلك صح **قوله:** أَنَّهُ مُخَاطَبٌ عَاقِلٌ، ولكن مع هذا كان الاحتراز عنه أوْلَى، كما احترز عنه في «المبسوط» بقوله: أنه حرٌّ مخاطب، فيكون مطلق التصرف في ماله كالرشيد.

وذكر فيه قبل هذا: وأمّا أبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ۚ﴾ [النساء: ٦]، فقد نَهى الولي عن الإسراف في ماله مخافة أن يكبر، فلا يبقى له عليه ولاية، والتنصيص على زوال ولايته عند عدم الكبر يكون تنصيصًا على زوال الحجر عنه بالكبر؛ لأن الولاية عليه للحاجة، وإنما تنعدم الحاجة إذا صار هو مطلق التصرف بنفسه.

فإن قلتَ: ما جوابُ أبي حنيفة رحمه الله عن النصوص التي تمسكوا في إثبات حجر السفيه كقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهذا تنصيص على إثبات الولاية على السفيه

وَهَذَا لِأَنَّ فِي سَلْبِ وِلَايَتِهِ إِهْدَارُ آدَمِيَّتِهِ،

وأنه مولى عليه، فلا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ إلى أن قال: ﴿وَٱكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥]، فهذا أيضـًا تنصيص على إثبات الحجر عليه بطريق النظر، فإن الولي هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر منه له.

ورُوي: «أن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه كان يفني ماله في اتخاذ الضيافات، حتى اشترى دارًا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال: لآتين عثمان رضي الله عنه ولأسألنه أن يحجر عليه، فاهتم بذلك عبد الله وجاء إلى الزبير رضي الله عنه وأخبره بذلك فقال: أشركني فيها، فأشركه ثم جاء علي إلى عثمان رضي الله عنهما، وسأله أن يحجر عليه فقال: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟»، وإنما قال ذلك؛ لأن الزبير كان معروفًا بالكياسة في التجارة، فاستدل برغبته في الشركة على أنه لا غبن في تصرفه، فهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب، وأن عائشة رضي الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى رُوي: «أنه كان لها رباع فهمَّت ببيع رباعها لتتصدق بالثمن، فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير رضي الله عنه فقال: لتنتهينَّ عائشة رضي الله عنها عن بيع رباعها أو لأحجرنَّ عليها».

قلتُ: أمَّا جوابه عن الآيات فقال: قيل: المراد بالسفيه الصغير، أو المجنون؛ لأن السفه عبارة عن الخفة وذلك بانعدام العقل، أو نقصانه، فعليه يحمل قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾، أي: صبيًا أو مجنونًا، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾، إمَّا أن يكون الصبيان أو المجانين بدليل أنه أثبت ولاية الولي عليه مطلقـًا، ومن يوجب الحجر على السفيه يقول: بأن ولاية الولي تزول عنه بالبلوغ عن عقل، أو المراد نهي الأزواج عن دفع المال إلى النساء، وجعل التصرف إليهن كما كانت العرب تفعله، ألا ترى أنه قال: ﴿أَمْوَٰلَكُمُ﴾، وذلك يتناول أموال المخاطبين بهذا النهي لا أموال السفهاء.

وأمَّا حديث عبد الله بن جعفر رضي الله عنه فدليلنا؛ لأن عثمان امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي رضى الله عنهما، وأكثر ما فيه أنه لم يكن في ذلك التصرف غبن حين رغب الزبير في الشركة، ولكن المبذر وإن تصرف تصرفـًا واحدًا على وجه لا غبن فيه، فإنه يحجر

وَإِلحَاقُهُ بِالبَهَائِمِ وَهُوَ أَشَدُّ ضَرَرًا مِنَ التَّبْذِيرِ فَلَا يُتَحَمَّلُ الأَعْلَى لِدَفْعِ الأَدْنَى، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي الحَجْرِ دَفْعُ ضَرَرٍ عَامٍّ كَالحَجْرِ عَلَى المُتَطَبِّبِ الجَاهِلِ وَالمُفْتِي المَاجِنِ وَالمُكَارِي المُفْلِسِ جَازَ فِيمَا يُرْوَى عَنْهُ، إِذْ هُوَ دَفْعُ ضَرَرِ الأَعْلَى بِالأَدْنَى،

عليه عند من يرى الحجر عليه، فلمَّا لم يحجر عليه دلَّ أن ذلك على سبيل التخويف.

وحديث عائشة رضي الله عنها دليلنا أيضـًا، وأنه لمَّا بلغها قول ابن الزبير حلفت أن لا تكلم ابن الزبير أبدًا، فلو كان الحجر موجبًا حكمـًا شرعيًّا لما استخارت هذا الحلف من نفسها مجازاةً على قوله فيما هو حكم شرعي، وبهذا يتبين أن ابن الزبير إنما قال ذلك كراهة أن يفنى مالها فتبتلي بالفقر، فتصير عيالًا على غيرها بعد ما كان يعولها رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، والمصير إلى هذا أَوْلَى ليكون أبعد عن نسبة السفه، والتبذير إلى الصحابة رضي الله عنهم، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِلحَاقُهُ بِالبَهَائِمِ؛ لأن الآدمي إنما باين سائر الحيوانات ببيانه، وباعتبار قوله في التصرفات.

قوله: كَالحَجْرِ عَلَى المُتَطَبِّبِ الجَاهِلِ، فإن الطبيب الجاهل يسقي الناس في أمراضهم دواءً مهلكـًا، وهو يعلم بذلك أو لا يعلم، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالمُفْتِي المَاجِنِ، هو الذي لا يبالي بما صنعَ وما قيلَ له، ومصدره المجنون، والمجانة اسم منه، والفعل من باب طلبَ، كذا في «المغرب».

وذكر في «الذخيرة»: والمفتي الماجن هو الذي يعلم الناس حيلًا باطلة، بأن يعلم المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها، ويعلم الرجل أن يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم، ولا يبالي أن يحرم حلالًا أو يحل حرامًا، فضرر هذا متعد إلى العامة.

قوله: وَالمُكَارِي المُفْلِسِ، هو الذي يتقبل الكراء، ويُؤاجر الإبل، وليس له إبل ولا ظهر يحمل عليه، ولا مال يشتري به الدواب، فالناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه، ويصرف هو ما أخذ منهم في حاجته، وإذا جاء أوان الخروج يخفي هو نفسه فتذهب أموال

وَلا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَى مَنْعِ المَالِ لِأَنَّ الحَجْرَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِي العُقُوبَةِ، وَلا عَلَى الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا قَادِرٌ عَلَيْهِ نَظَرَ لَهُ الشَّرْعُ مَرَّةً بِإِعْطَاءِ آلَةِ القُدْرَةِ وَالجَرْيُ عَلَى خِلَافِهِ لِسُوءِ اخْتِيَارِهِ، وَمَنْعُ المَالِ مُفِيدٌ؛ لِأَنَّ غَالِبَ السَّفَهِ فِي الهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ وَذَلِكَ يَقِفُ عَلَى اليَدِ.

الناس، وربما يصير ذلك سببًا لتقاعدهم عن الخروج إلى الحج والغزو، ففساد هذا الشخص متعد أيضًا، وإلحاق الضرر بالخاص لدفع الضرر عن العام جائز، أمَّا ضرر المحجور المختلف فيه غير متعدٍ بل يقتصر عليه، فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء، فجواز الحجر في حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر في المختلف فيه.

قوله: وَلا يَصِحُّ القِيَاسُ عَلَى مَنْعِ المَالِ، هذا جواب عن قولهما: وَلِهَذَا مُنِعَ عَنْهُ المَالُ، أي: إذا بلغ سفيهًا يمنع عنه المال بالاتفاق، لكنا نقول: إن منع المال منه على طريق بعض مشايخنا ثابت بطريق العقوبة عليه، ليكون زجرًا له عن التبذير، والعقوبات مشروعة بالأسباب الحسية، فأمَّا إهدار القول في التصرفات معنى حكمي، والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود، ولا يدخل عليه إسقاط شهادة القاذف فإنه متمم لحده عندنا؛ لأنا نقول: إنما كان ذلك تابعًا لما هو حسي وهو إقامة الحد لا مقصودًا بنفسه، ولئن ثبتَ جواز ذلك ولكن لا يمكن إثبات العقوبة بالقياس بل بالنص، وقد ورد النص بمنع المال إلى أن يؤنس منه الرشد، ولا نصَّ في الحجر عليه عن التصرف بطريق العقوبة، مع أن نعمة اليد على المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان في التصرفات نعمة أصلية، فبأن جوز إلحاق ضرر يسير في منع نعمة زائدة لتوفير النظر عليه، لا يستدل على أنه يجوز إلحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية لمعنى النظر له؛ لأنه لا يجوز إبطال أعلى النعمتين لصيانة الأدنى، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الحَجْرَ أَبْلَغُ مِنْهُ فِي العُقُوبَةِ، أي: لأن الحجر من التصرف أبلغ من منع المال من يده في العقوبة.

قوله: وَمَنْعُ المَالِ مُفِيدٌ، هذا جواب عن قولهما: ثُمَّ هُوَ لا يُفِيدُ.

قَالَ: (وَإِذَا حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ فَأَبْطَلَ حَجْرَهُ وَأَطْلَقَ عَنْهُ جَازَ)؛ لِأَنَّ الحَجْرَ مِنْهُ فَتْوَى وَلَيْسَ بِقَضَاءٍ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ المَقْضِيُّ لَهُ وَالمَقْضِيُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ قَضَاءً فَنَفْسُ القَضَاءِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الإِمْضَاءِ، حَتَّى لَوْ رُفِعَ تَصَرُّفُهُ بَعْدَ الحَجْرِ إِلَى القَاضِي الحَاجِرِ أَوْ إِلَى غَيْرِهِ فَقَضَى بِبُطْلَانِ تَصَرُّفِهِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ نَفَذَ إِبْطَالُهُ لِاتِّصَالِ الإِمْضَاءِ بِهِ فَلَا يُقْبَلُ النَّقْضُ بَعْدَ

وقال في «الذخيرة»: وقوله: بأن منع المال لَا يُفِيدُ بِدُونِ الحَجْرِ عن التصرف، قلنا: هذا فاسد؛ لأنه لمَّا منع ماله عنه لا يتلف ماله بيده إن كان يتلف ماله بلسانه على قولكم، وقبلَ المنع يُتلف بيده ولسانه فكان المنع مفيدًا.

قوله: وَإِذَا حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ ثُمَّ رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ فَأَبْطَلَ حَجْرَهُ وَأَطْلَقَ عَنْهُ جَازَ؛ لِأَنَّ الحَجْرَ مِنْهُ فَتْوَى وَلَيْسَ بِقَضَاءٍ، هذا جواب سوال ذكره في «الذخيرة» وقال:

فإن قيل: تصرف المحجور عليه بالسفه يجب أن لا ينفذ على قول أبي حنيفة رحمه الله بعد ما قضى القاضي عليه بالحجر؛ لأن جواز تصرف السفيه المبذر مختلف فيه، وقضاء القاضي متى حصل في المختلف فيه صار متفقـًا عليه، كما لو قضى القاضي بجواز بيع المدبَّر.

قلنا: هذا هكذا إذا وجد القضاء بالمختلف فيه، وعلى قول محمد رحمه الله هذا فتوى وليس بقضاءٍ، فإنه لم يثبت بسبب هذا القضاء ما لم يكن ثابتًا، بل تبين ما كان ثابتًا، فإنه كان محجورًا عليه قبل القضاء متى كان مفسدًا لماله، وهذا هو حد الفتوى، فيكون هذا فتوى عند محمد رحمه الله، وبالفتوى لا يصير المختلف متفقًا عليه، وعند أبي يوسف رحمه الله إن كان يحتاج فيه إلى حكم الحاكم ليصير محجورًا عليه فيكون قضاء من هذا الوجه؛ لأنه يثبت بقضائه ما لم يكن ثابتًا، إلا أنه فتوى من وجه آخر؛ لأنه لم يوجد شرط القضاء وهو الدعوى، والإنكار، ولو وجد الدعوى والإنكار بأن تصرف بعد الحجر، فرفع إلى القاضي وجرت الخصومة بين المحجور وبين من عاقده فقضى القاضي عليه بإبطال التصرف وصحة الحجر فإنه يصير متفقا عليه، وكان كالقاضي إذا قضى بجواز بيع المدبر قبل وجود الخصومة

ذَلِكَ (ثُمَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِذَا بَلَغَ الغُلَامُ غَيْرَ رَشِيدٍ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَالُهُ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ، فَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً يُسَلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ وَإِنْ لَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ. وَقَالَا: لا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ أَبَدًا حَتَّى يُؤْنَسَ مِنْهُ رُشْدُهُ، وَلا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ)؛ لِأَنَّ عِلَّةَ المَنْعِ السَّفَهُ فَيَبْقَى مَا بَقِيَ العِلَّةُ وَصَارَ كَالصِّبَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ مَنْعَ المَالِ عَنْهُ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ، وَلا يَتَأَدَّبُ بَعْدَ هَذَا ظَاهِرًا وَغَالِبًا؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ قَدْ يَصِيرُ جَدًّا فِي هَذَا السِّنِّ فَلَا فَائِدَةَ فِي المَنْعِ فَلَزِمَ الدَّفْعُ؛ وَلِأَنَّ المَنْعَ بِاعْتِبَارِ أَثَرِ الصِّبَا وَهُوَ فِي أَوَائِلِ البُلُوغِ وَيَنْقَطِعُ بِتَطَاوُلِ الزَّمَانِ فَلَا يَبْقَى المَنْعُ، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَوْ بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا لا يُمْنَعُ المَالُ عَنْهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَثَرِ الصِّبَا، ثُمَّ لا يَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ

في ذلك، فإنه لا يصير متفقًا عليه؛ لأنه فتوى وليس بقضاء، وبعد وجود الخصومة إذا قضى القاضي صار متفقًا عليه، فكذا هاهنا.

قوله: نَفَذَ إِبْطَالُهُ، أي: إبطال القاضي الثاني، ولو رُوي: نَفَّذَ، بالتشديد معناه: استمر على تنفيذ الثاني، لا أنه حكم بنفاذه، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: أَلَا يَرَى أَنَّهُ قَدْ يَصِيرُ جَدًّا فِي هَذَا السِّنِّ؛ وذلك لأن أدنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنةً، ثمَّ يولد له ابن لستة أشهر؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ثم يبلغ ابنه باثنتي عشر سنة ثم يولد له ابن لستة أشهر، فيصير جدًّا بعد خمس وعشرين سنةً، فلذلك قدر بخمس وعشرين سنة، فلو فرضنا مقام الابن البنت يصير جدًّا في اثنتي وعشرين سنة؛ لأن أدنى مدة بلوغ البنت تسع سنين، لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والإناث، ولمَّا صار جدًّا صار فرعه أصلًا، فكان الجد متناهيًا في الأصالة، وإذا لم يؤنس رشده في سنّ تناهت أصالته عرفنا أنه انقطع رجاء التأديب منه، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك؛ إذ المنع كان للتأديب وهو لم يبق محلًّا للتأديب في حق ماله.

عَلَى قَوْلِهِ وَإِنَّمَا التَّفْرِيعُ عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى الحَجْرَ. فَعِنْدَهُمَا لَمَّا صَحَّ الحَجْرُ لا يَنْفُذُ بَيْعُهُ إِذَا بَاعَ تَوْفِيرًا لِفَائِدَةِ الحَجْرِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَجَازَهُ الحَاكِمُ؛ لِأَنَّ رُكْنَ التَّصَرُّفِ قَدْ وُجِدَ وَالتَّوَقُّفُ لِلنَّظَرِ لَهُ وَقَدْ نَصَّبَ الحَاكِمُ نَاظِرًا لَهُ فَيَتَحَرَّى المَصْلَحَةَ فِيهِ، كَمَا فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَيَقْصِدُهُ. وَلَوْ بَاعَ قَبْلَ حَجْرِ القَاضِي جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ حَجْرِ القَاضِي عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الحَجْرَ دَائِرٌ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنَّظَرِ وَالحَجْرُ لِنَظَرِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ فِعْلِ القَاضِي. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَبْلُغُ مَحْجُورًا عِنْدَهُ، إِذِ العِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبَا،

قوله: لِأَنَّ الحَجْرَ دَائِرٌ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنَّظَرِ؛ لأنه لمَّا نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقي ملكه كما كان، ففي إبقاء الملك له نظر، وفي إهدار قوله ضرر، ومثل هذا لا يترجح أحد الجانبين منه إلا بقضاء القاضي.

يوضحه: أن السفه ليس بشيءٍ محسوس، وإنما يستدل به بأن يغبن في التصرفات، وقد يكون ذلك للسفه، وقد يكون ذلك حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهرين، فإذا كان محتملًا كان مترددًا لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي، بخلاف الصغر، والجنون، والعته؛ لأن الحجر بهذا السبب مختلف فيه بين العلماء، فلا يثبت إلا بقضاء القاضي كالحجر بسبب الدين.

قوله: إِذِ العِلَّةُ هِيَ السَّفَهُ بِمَنْزِلَةِ الصِّبَا؛ لأنه قد قامت الدلالةُ لنا على أن السفه في ثبوت الحجر به نظير الصبا والجنون، والحجر هناك يثبت بنفسهما من غير حاجة إلى قضاء القاضي فكذلك بالسفه.

والفرق لمحمد رحمه الله بين حجر السفيه حيث لا يتوقف إلى قضاء القاضي، وبين حجر المديون حيث يتوقف إلى قضاء القاضي هو: أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره، لا لحق الغير، فأشبه الجنون، وثمَّة ينحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء، فكذا هاهنا، فأمَّا الحجر بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء، حتى لا يتلف حقهم

وَعَلَى هَذَا الخِلَافُ إِذَا بَلَغَ رَشِيدًا ثُمَّ صَارَ سَفِيهًا.

بتصرفه، فيتوقف على قضاء القاضي؛ لأن له ولاية عليه فيعمل حجره، فأمَّا الغريم فلا ولاية له فلا يجوز حجره.

ثم الحجر بسبب الدين يخالف الحجر بسبب السفه من وجوه ثلاثة:

أحدها: هذا، وهو أن الحجر بسبب السفه لا يتوقف إلى القضاء عند محمد رحمه الله، بخلاف الحجر بسبب الدين فإنه يتوقف؛ لما قلنا.

والثاني: هو أن المحجور بسبب السفه إذا أعتق عبدًا ووجب عليه السعاية فإنه لا يرجع بما يسعى على المولى، وإن زال الحجر والمقضي عليه بالإفلاس إذا أعتق عبدًا ممَّا في يده ووجبَ على العبد السعاية وأدَّى فإنه يرجع بما يسعى على المولى بعد زوال الحجر، والفرق أن في الحجر بالسفه إنَّما وجبت السعاية على المعتق صيانةً لحق المحجور، حتى لا يزول ملكه من غير عوض، فمتى أثبتنا حق الرجوع للعبد عليه لا يحصل هذا المقصود، أمَّا في الحجر بالدين فإنما وجبت السعاية لحق الغرماء لا لحق المولى، وهذا المقصود حاصل، وإن أثبتنا حق الرجوع عليه بما سعى فكان له الرجوع؛ لأنه أدَّى دينه بعد العتق وهو مضطر في الأداء فيرجع عليه.

والثالث: أن المحجور بالدين يجوز إقراره بعد زوال الحجر، وكذلك حال قيام الحجر فيما يستحدث من المال، يريدُ به أن الإقرار الذي كان في حالة الحجر ينفذ بعد زوال الحجر، وينفذ في المال المستحدث في حالة الحجر، والمحجور بالسفه لا يجوز إقراره، لا في حالة الحجر ولا بعد زوال الحجر، لا في القائم ولا في المال المستحدث، يريد به أن الإقرار الذي كان منه في حالة الحجر لا ينفذ بعد زوال الحجر، وكذا لا ينفذ في حق المال المستحدث في حالة الحجر.

والفرق في حق نفاذ إقرار المحجور بالدين بعد زوال الحجر هو أن السفيه إنما حجر عليه لسوء اختياره لا لحق الغير، فكان كالصبي المحجور، وإقرار الصبي المحجور لا يجوز وإن بلغ وزال الحجر، كذا هاهنا.

(وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لا يَنْفُذُ. وَالأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ الحَجْرُ وَمَا لا فَلَا؛ لِأَنَّ السَّفِيهَ فِي مَعْنَى الهَازِلِ

وأمَّا الحجر بالدين لحق الغرماء حتى لا يبطل حقهم بتصرفه، والحجر إذا كان لحق الغير لا لمعنًى في المتصرف ينفذ تصرفه إذا زال حق الغير، كالعبد المحجور إذا أقرَّ بدين ثم عتق فإنه ينفذ ذلك الإقرار.

وأمَّا الفرق في حق صحة الإقرار في المال المستحدث، أن القاضي إنما يحجر الغريم عن التصرف فيما في يده حتى لا يبطل حق الغرماء، فلا يتناول إلا ما كان قائمًا، وأمَّا السفيه فإنما يحجر عليه القاضي ليبقى ماله عليه، وفي حق هذا المعنى المال القائم والذي يستحدث سواء، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا - أي: بعد الحجر - نَفَذَ عِتْقُهُ عِنْدَهُمَا، وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله أيضًا، وتخصيص قولهما هاهنا لا للاحتراز عن قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن عند أبي حنيفة رحمه الله الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه؛ لأنه لا تأثير للحجر عنده، بل للاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر، كالبيع، والشراء، والإقرار بالمال، وللاحتراز عن قول الشافعي رحمه الله على ما ذكر في الكتاب.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا أعتق عبده عن كفارة يمينه، أو ظهاره، فإنه لا ينفذ عتقه بل عليه أن يصوم، كالمعسر إذا حنث في يمينه، أو ظاهر عن امرأته.

قلتُ: لا يشكل؛ لما أن إعتاقه هناك نافذ أيضًا، لكن لا يقع إعتاقه عن كفارة يمينه، أو كفارة ظهاره؛ لأنه لو أعتق عبده يجب على العبد السعاية في قيمته على ما ذكر في الكتاب، ومع وجوب السعاية عليه لا يجوز عتقه عن الكفارة؛ لأن بدل السعاية بمنزلة العوض عن العتق، فكان وجوبُ السعاية هناك مانعًا عن وقوع إعتاقه عن الكفارة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَالأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ تَصَرُّفٍ يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ يُؤَثِّرُ فِيهِ الحَجْرُ وَمَا لا فَلَا، فإن قلتَ: يشكل على هذا الكلي عدم صحة يمين السفيه في حق التكفير بالمال، حتى أنه لو حنث

مِنْ حَيْثُ إِنَّ الهَازِلَ يُخْرِجُ كَلَامَهُ لا عَلَى نَهْجِ كَلَامِ العُقَلَاءِ لِاتِّبَاعِ الهَوَى وَمُكَابَرَةِ العَقْلِ لا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ، فَكَذَلِكَ السَّفِيهُ وَالعِتْقُ مِمَّا لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ فَيَصِحُّ مِنْهُ.

في يمينه وهو موسر لا ينفذ القاضي أن يكفر بالمال، وعدم صحة نذره من هدي، أو صدقة، فإنه لو نذر بواحد منهما لا ينفذ له القاضي شيئاً من ذلك، وقد أثر الحجر في هذه الأشياء مع أن الهزل لا يؤثر فيها؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد»، واليمين والنذر منهما في رواية، ومن الملحقات بها في أخرى.

وكذلك يشكل على هذا الكلي أيضاً وجوب السعاية على العبد الذي أعتقه المحجور بسبب السفه، وعدم وجوبها في الهزل، فإن الرجل إذا أعتق عبده هازلاً يعتق ولا تجب السعاية.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن القاضي لمَّا حجره عن التصرف في ماله فيما يرجع إلى الإتلاف نظرًا له، لم ينفذ تصرفه بالنذر في هذه الأشياء؛ لأنه لو لم يمنعه ذلك إذا أوجبه على نفسه لم يحصل المقصود بالحجر؛ لأنه يتيسّر حينئذٍ النذر بالتصرف بجميع ماله، ثم عليه أن يصوم لكل يمين حنث فيها ثلاثة أيام متتابعات، وإن كان هو مالكاً للمال على ما يجيء، وأمَّا وجوب السعاية فإن الحجر على السفيه لمعنى النظر له، فيكون بمنزلة الحجر على المريض لأجل النظر لغرمائه وورثته على ما يجيء، كذا في «المبسوط».

وذكر فيه أيضاً: ثم الحاصل أن السفه لا يجعل كالهزل في جميع التصرفات، ولا كالصبا، ولا كالمرض، ولكن الحجرية لمعنى النظر له، فالمعتبر فيه توفير النظر عليه، وبحسبه يلحق ببعض هذه الأصول في كل حادثة.

النَّهج: بسكون الهاء: الطريق الواضح، وهو المراد **بقوله: لا عَلَى نَهْجِ كَلَامِ العُقَلَاءِ**، وأمَّا النهَج بالتحريك: البهر، وتتابع النفس، من حد علِم، ذكره في «الصحاح».

قوله: لِاتِّبَاعِ الهَوَى وَمُكَابَرَةِ العَقْلِ، إنما يصح هذا التعليل في حق السفيه لا في حق الهازل، كما ذكره في «المبسوط» وقال: قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: المحجور عليه بسبب السفه في التصرفات كالهازل، فإن الهازل يخرج كلامه على غير **نَهْجِ كَلَامِ العُقَلَاءِ**؛ لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له؛ **لا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ، فَكَذَلِكَ السَّفِيهُ** يخرج كلامه

وَالأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ الحَجْرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنْزِلَةِ الحَجْرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ حَتَّى لا يَنْفُذُ بَعْدَهُ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إلَّا الطَّلَاقَ كَالمَرْقُوقِ، وَالإِعْتَاقُ لا يَصِحُّ مِنَ الرَّقِيقِ فَكَذَا مِنَ السَّفِيهِ (وَ) إذَا صَحَّ عِنْدَهُمَا (كَانَ عَلَى العَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّ الحَجْرَ لِمَعْنَى النَّظَرِ وَذَلِكَ فِي رَدِّ العِتْقِ إلَّا أَنَّهُ مُتَعَذِّرٌ فَيَجِبُ رَدُّهُ بِرَدِّ القِيمَةِ كَمَا فِي الحَجْرِ عَلَى المَرِيضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لا تَجِبُ السِّعَايَةُ لِأَنَّهَا لَوْ وَجَبَتْ إنَّمَا تَجِبُ حَقًّا لِمُعْتِقِهِ وَالسِّعَايَةُ مَا عُهِدَ وُجُوبُهَا فِي الشَّرْعِ إلَّا لِحَقِّ غَيْرِ المُعْتِقِ.

على غير نَهْجِ كَلَامِ العُقَلَاءِ؛ لِاتِّبَاعِ الهَوَى وَمُكَابَرَةِ العَقْلِ لا لِنُقْصَانٍ فِي عَقْلِهِ.

قوله: وَالأَصْلُ عِنْدَهُ - أي: عند الشافعي رحمه الله - أَنَّ الحَجْرَ بِسَبَبِ السَّفَهِ بِمَنْزِلَةِ الحَجْرِ بِسَبَبِ الرِّقِّ حَتَّى لا يَنْفُذُ بَعْدَهُ - أي: بعد الحجر - شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ إلَّا الطَّلَاقَ كَالمَرْقُوقِ، ووجهه أن السفه لا يزيل الخطاب، ولا يخرجه من أن يكون أهلًا لإلزام العقوبة باللسان باكتساب سببها، أو بالإقرار لها بمنزلة الرقِّ.

وقلنا: لا يجوز أن يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق؛ لأن ذلك الحجر لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه، حتى أنَّ فيما لا حقَّ للغير فيه يكون تصرفه نافذًا نحو إقراره بالحدِّ والقصاص، وهاهنا لا حقَّ لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه، كذا في «المبسوط»، و«شرح الطحاوي».

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا تَجِبُ السِّعَايَةُ، جعل هذا القول في «المبسوط» قول أبي يوسف رحمه الله الآخر، وأمَّا في قول محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول: عَلَى العَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ، ثم قال: وجه قول محمد رحمه الله أن الحجر على السفيه لمعنى النظر له، فيكون بمنزلة الحجر على المريض لأجل النظر لغرمائه وورثته، ثم هناك إذا أعتق عبدًا وجبَ عليه السعاية لغرمائه، أو في ثلثي قيمته لورثته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه؛ لأن ردَّ العتق واجبٌ لمعنى النظر له، وقد تعذر رده فكان رده بإيجاب

(وَلَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ جَازَ)؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ حَقَّ العِتْقِ فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ إِلَّا أَنَّهُ لا تَجِبُ السِّعَايَةُ مَا دَامَ المَوْلَى حَيًّا لِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ الرُّشْدُ سَعَى فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِمَوْتِهِ وَهُوَ مُدَبَّرٌ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ.

(وَلَوْ جَاءَتْ جَارِيَتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَكَانَ الوَلَدُ حُرًّا وَالجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ

السعاية، كذا هاهنا.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا تَجِبُ السِّعَايَةُ، مستثنى عن قوله: فَيُعْتَبَرُ بِحَقِيقَتِهِ، أي: في حقيقة إعتاق المحجور بسبب السفه تجب السعاية على ما مرَّ آنفًا، ولا تجب السعاية على مدبره في التدبير، والفرق بينهما هو أن بدل السعاية في التدبير مال مملوك له يستخدمه، فلا يستحق المولى ذلك من مدبره؛ لأن المدبر باقٍ على ملك المولى، والمولى لا يستوجب على مملوكه دينًا فتعذَّر إيجاب النقصان عليه، ألا ترى أنه لو دبَّر عبده بمال وقبله العبدُ كان التدبير صحيحًا ولا يجب المال، بخلاف ما إذا كاتبه، أو أعتقه على مال؛ لأنه لم يبق على ملكه إمَّا يدًا أو حقيقةً، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وفيه أيضًا: فإن مات المولى قبل أن يُؤْنَسَ مِنْهُ الرُّشْدُ سَعَى - الغلام - فِي قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا؛ لأن بموت المولى عتق، فكأنه أعتقه في حياته فعليه السعاية في قيمته، فإنما لاقاه العتق وهو مدبر فيسعى في قيمته، ألا ترى أن مصلحًا لو دبر عبدًا في صحته ثم ماتَ وعليه دين يحيط بقيمته، أن على العبد أن يسعى في قيمته مدبرًا لغرمائه، فهذا مثله، وكذلك لو أَعْتَقَهُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ نفذ عتقه وعليه السعاية في قيمته.

قوله: وَلَوْ جَاءَتْ جَارِيَتُهُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ، إلى أن قال: فَأُلحِقَ بِالمُصْلِحِ فِي حَقِّهِ، يعني: أن هذا المحجور بالسفه لو ماتَ بعد هذه الدعوة، كانت الجارية حرةً لا سبيل عليها لأحد وإن مات السفيه مديونًا، إلحاقًا له بالمصلح في حكم الاستيلاد، فإنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله، وصيانة مائه، ويلحق في هذا الحكم بالمريض المديون إذا ادعى نسب ولد جاريته، كان هو في ذلك كالصحيح حتى يعتق من جميع المال بموته، ولا تسعى هي ولا ولدها

لَهُ)؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى ذَلِكَ لِإِبْقَاءِ نَسْلِهِ فَأُلْحِقَ بِالْمُصْلِحِ فِي حَقِّهِ.

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدٌ وَقَالَ هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الوَلَدِ لا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهَا، وَإِنْ مَاتَ سَعَتْ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهَا)؛ لِأَنَّهُ كَالإِقْرَارِ بِالحُرِّيَّةِ إِذْ لَيْسَ لَهُ شَهَادَةُ الوَلَدِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ لِأَنَّ الوَلَدَ شَاهِدٌ لَهَا. وَنَظِيرُهُ المَرِيضُ إِذَا ادَّعَى وَلَدَ جَارِيَتِهِ فَهُوَ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ.

قَالَ: (وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً جَازَ نِكَاحُهَا) لِأَنَّهُ لا يُؤَثِّرُ فِيهِ الهَزْلُ، وَلِأَنَّهُ مِنْ حَوَائِجِهِ الأَصْلِيَّةِ (وَإِنْ سَمَّى لَهَا مَهْرًا جَازَ مِنْهُ مِقْدَارُ مَهْرِ مِثْلِهَا)؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ (وَبَطَلَ الفَضْلُ)؛ لِأَنَّهُ لا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَهَذَا التِزَامٌ بِالتَّسْمِيَةِ وَلا نَظَرَ لَهُ فِيهِ فَلَمْ تَصِحَّ الزِّيَادَةُ وَصَارَ كَالمَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ (وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَ لَهَا

في شيء؛ لأن حاجته مقدمة على حق غرمائه، بخلاف ما لو أعتقها.

وأمّا إذا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ وَقَالَ هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الوَلَدِ لا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهَا، وَإِنْ مَاتَ سَعَتْ فِي جَمِيعِ قِيمَتِهَا، أي: في هذه الصورة التي ليس لها ولد، لا في الصورة الأولى، بمنزلة المريض إذا قال لجاريته وليس معها ولد: هَذِهِ أُمُّ وَلَدِي، والفرق بينهما هو أنه إذا كان معها ولد كان ثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في إبطال حق الغير، فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه، بخلاف ما إذا لم يكن لها ولدٌ فإنه لا شاهد لها هنا، فإقراره لها بحق الغير بمنزلة إقراره بحقيقة الحرية، فَلَا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهَا بعد ذلك، وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو أعتقها، كذا في «المبسوط».

قوله: فِي حَقِّهِ، أي: في حق الاستيلاد.

قوله: فَهُوَ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ، وهو ما ذكرنا من الفرق.

قوله: وَصَارَ كَالمَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ، يعني: أن المريض إذا تزوج امرأة بأكثر من صداق

النِّصْفُ فِي مَالِهِ)؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ صَحِيحَةٌ إِلَى مِقْدَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ (وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ أَوْ كُلَّ يَوْمٍ وَاحِدَةً) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ)؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ.

مثلها، يلزمه من المسمى مِقْدَارُ مَهْرِ مِثْلِهَا ولا يلزم الزيادة، فكذا هنا، إلا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث، والزيادة في مسألتنا لا تعتبر أصلًا.

قوله: وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، أي: يعتبر مهر المثل لا الزيادة عليه، سواء كان نكاحهن في عقد واحد، أو متفرقًا في عقد.

قوله: أَوْ كُلَّ يَوْمٍ وَاحِدَةً، يعني: تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها، هكذا يفعل مرارًا من غير حصر، فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله:** لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ النِّكَاحِ، إلى آخره، وبهذه المسألة يحتج أبو حنيفة رحمه الله أنه لا فائدة في الحجر عليه؛ لأنه لا ينسد باب إتلاف المال عليه، وأنه يتلف ماله بهذا الطريق، فإن تزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها، فتأخذ المرأة منه ذلك المقدار جبْرًا، فيتلف ماله بهذا الطريق إذا عجز عن إتلافه بطريق البيع والهبة، بل هذا أضر له من إتلاف ماله بطريق الهبة؛ إذ هو يكتسب المحمدة في البر والإحسان، والمذمة في التزوج والطلاق، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «لعن الله كل ذواق مطلاق»، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَتُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ مَالِ السَّفِيهِ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ؛ لأن السفيه كامل العقل، فتجب عليه الزكاة عند وجود سائر الشرائط.

وفي «المبسوط»: وأمَّا ما وجب على المفسد من أمر أوجبه الله تعالى من زكاة ماله، أو حجة الإسلام، أو غير ذلك فهو والمصلح فيه سواء؛ لأنه مخاطب وإن كان مفسدًا، وبسبب الفساد لا يستحق النظر في إسقاط شيءٍ من حقوق الشرع عنه، بمنزلة الفاسق الذي يقصر في أداء بعض الفرائض لا يستحق به التخفيف في حكم الخطاب، وهذا بخلاف ما أوجبه على نفسه؛

(وَيُنْفِقُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَزَوْجَتِهِ وَمَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ)؛ لِأَنَّ إِحْيَاءَ وَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ مِنْ حَوَائِجِهِ، وَالإِنْفَاقُ عَلَى ذِي الرَّحِمِ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِقَرَابَتِهِ، وَالسَّفَهُ لا يُبْطِلُ حُقُوقَ النَّاسِ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إِلَيْهِ لِيَصْرِفَهَا إِلَى مَصْرِفِهَا؛ لِأَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ نِيَّتِهِ لِكَوْنِهَا عِبَادَةً، لكِنْ يَبْعَثُ أَمِينًا مَعَهُ كَيْ لا يَصْرِفَهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ.

وَفِي النَّفَقَةِ يَدْفَعُ إِلَى أَمِينِهِ لِيَصْرِفَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّتِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ أَوْ نَذَرَ أَوْ ظَاهَرَ حَيْثُ لا يَلْزَمُهُ المَالُ،

لأنه فيما يوجه على نفسه السبب التزامه، فيتمكن فيه معنى التبذير فيما يرجع إلى الدنيا، وإن كان فيه معنى النظر له في الآخرة كما في مباشرة التصدق، فأمَّا فيما أوجبه الله تعالى عليه لا يتوهم فيه معنى التبذير، فهو والمصلح فيه سواء.

قوله: وَيُنْفِقُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَزَوْجَتِهِ وَمَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ مِنْ ذَوِي أَرْحَامِهِ، ذكر نفقة ذوي الأرحام مطلقـًا، ولكن بين الوالدين وبين سائر ذوي الأرحام فرق ذكره في «المبسوط»، وقال: لا ينبغي للقاضي أن يأخذ بقوله في ذلك، أي: في دفع ماله إلى ذوي أرحامه بوجه الإنفاق، حتى يقيم البينة على القرابة وعشرة القريب؛ لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار له بدين على نفسه، فلا يكون ملزمًا إيَّاه شيئـًا إلا في الوالد، فإنَّهما إذا تصادقا على النسب قبل قولهما فيه؛ لأن كل واحد منهما في تصديق صاحبه يقر على نفسه بالسبب، وقد بيَّنا أن السفه لا يؤثر في المنع من الإقرار بالنسب؛ لأن ذلك من حوائجه، ولكن لا يعتبر قوله في عسرة المقر له حتى يعرف أنه كذلك، كما في عسرة سائر الأقارب.

وكذلك يقبل إقراره بالزوجية؛ لأنه يملك إنشاء التزوج فيملك الإقرار به، ويجب لها مقدار مهر مثلها ويعطيها القاضي ذلك؛ لأن وجوب ذلك حكمـًا لصحة النكاح، وإن كان قد مضى بعد إقراره أشهر ثم أقرَّ أنه كان قد فرض عليه نفقته في أول تلك الشهور لم يصدق على ما مضى من ذلك؛ لأن هذا إقرار منه بالدين لها، فإن نفقة الزوج في الزمان الماضي لا يصير دينًا إلا بقضاء القاضي، وإقراره بالدين لها باطل.

بَلْ يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارَهُ بِالصَّوْمِ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَجِبُ بِفِعْلِهِ، فَلَوْ فَتَحْنَا هَذَا الْبَابَ يُبَذِّرُ أَمْوَالَهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ، وَلا كَذَلِكَ مَا يَجِبُ ابْتِدَاءً بِغَيْرِ فِعْلِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ أَرَادَ حَجَّةَ الإِسْلَامِ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا)؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ (وَلا يُسَلِّمُ الْقَاضِي النَّفَقَةَ إِلَيْهِ وَيُسَلِّمُهَا إِلَى ثِقَةٍ مِنَ الْحَاجِّ يُنْفِقُهَا عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ) كَيْ لا يُتْلِفُهَا فِي غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ (وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً لَمْ يُمْنَعْ

قوله: بَلْ يُكَفِّرُ يَمِينَهُ وَظِهَارَهُ بِالصَّوْمِ، أي: يجب على المحجور بالسفه أن يكفر يمينه وظهاره بالصوم، وإن كان هو مالكـًا للمال في حال التكفير؛ لأن يده مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله، وبمنزلة من يكون له دين على إنسان، أو غصب في يده، وهو ما كان يعطيه فله أن يكفر بالصوم، كذلك هاهنا.

ثم ظهار هذا المفسد من امرأته صحيح، كما أن طلاقه صحيح، ويجزئه الصوم في ذلك لقصور يده عن ماله، بمنزلة من كان ماله غائبًا عنه، كذا ذكره في «المبسوط»، ثم قال:

فإن قيل: هناك، أي: فيما إذا كان ماله غائبًا عنه لم يجز له أن يكفر بالصوم.

قلنا: لأنه هناك يقدر على إعتاقه عن ظهاره وإن لم يكن في يده، وهنا لا يقدر على ذلك؛ لأنه لو أعتق عبده يجب على العبد السعاية في قيمته، ومع وجوب السعاية عليه لا يجوز عتقه من الظهار، ألا ترى أن مريضـًا مصلحـًا لو أعتق عبده من ظهاره، أو قتله وعليه دين مستغرق ثم ماتَ يسعى الغلام في قيمته ولم يجز عن الكفارة للسعاية التي وجبت.

قوله: لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَى مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ، ولا يتوهم أيضـًا فيه معنى التبذير، ثم لمَّا وجب الحج لا يمنع ممَّا يتوسل إليه من الزاد والراحلة، فيعطى ما يحتاج إليه من الزاد والراحلة؛ لأن ذلك من أصول حوائجه.

قوله: وَلَوْ أَرَادَ عُمْرَةً وَاحِدَةً لَمْ يُمْنَعْ مِنْهَا اسْتِحْسَانًا، وفي القياس لا يعطى نفقة السفر لذلك؛ لأن العمرة عندنا تطوع، كما لو أراد الخروج للحج تطوعًا بعد ما حجَّ حجة الإسلام، ولكنه استحسن.

مِنْهَا) اسْتِحْسَانًا لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي وُجُوبِهَا، بِخِلَافِ مَا زَادَ عَلَى مَرَّةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الحَجِّ (وَلا يُمْنَعُ مِنَ القِرَانِ)؛ لِأَنَّهُ لا يُمْنَعُ مِنْ إِفْرَادِ السَّفَرِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا (وَلا يُمْنَعُ مِنْ أَنْ يَسُوقَ بَدَنَةً) تَحَرُّزًا عَنْ مَوْضِعِ الخِلَافِ، إِذْ عِنْدَ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لا يُجْزِئُهُ غَيْرُهَا وَهِيَ جَزُورٌ أَوْ بَقَرَةٌ.

(فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَى بِوَصَايَا فِي القُرَبِ وَأَبْوَابِ الخَيْرِ جَازَ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ)؛ لِأَنَّ نَظَرَهُ

قوله: لِاخْتِلَافِ العُلَمَاءِ، في فرضية العمرة، وتعارض الأخبار في ذلك، ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فهذا منه أخذ بالاحتياط في أمر الدين، وهو من جملة النظر له وليس من التبذير في شيء.

قوله: وَلا يُمْنَعُ مِنْ أَنْ يَسُوقَ بَدَنَةً؛ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْضِعِ الخِلَافِ، فالخلاف في أن لا يجعل الهدي بدنة لا في ترك السوق، فإن ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول: «لا يجزئه إلا بقرة أو جزور»، فإن اصطاد في إحرامه صيدًا، أو حلق رأسه من أذى، أو صنع فيه شيئًا يجب فيه الصوم أمره بأن يصوم لذلك، ولم يعطه من ماله لما صنع شيئًا؛ لأن وجوب هذا بسبب من جهته، وأصل ذلك السبب جناية فلا يستحق باعتباره النظر، فيُؤمر بالصوم لذلك حتى يكون ذلك زجرًا عن السفه.

وأمَّا إذا تطيب المحجور في إحرامه بطيب كثير، أو قبَّل بشهوة، أو صنع شيئًا يلزمه فيه الدم أو الطَّعام ممَّا لا يجوز فيه الصوم، فهذا لازم له يؤدي إذا صار مصلحًا، ولا يؤدي من ماله في حال فساده، وإنما لزمه؛ لأنه مخاطب ولكن سبب هذا الإلزام منه، فلا يؤدي من ماله في حال فساده، بل يتأخر إلى أن يصير مصلحًا بمنزلة المعسر الذي لا يجد شيئًا إذا صنع ذلك، أو هو بمنزلة العبد المأذون في الإحرام من جهة مولاه إذا فعل شيئًا من ذلك؛ وهذا لأنه لو أدى الحاكم وهذا فعله في كل يوم بفسقه فيفنى ماله فيه، وكذلك لو جامع امرأته بعد ما وقفَ بعرفة فعليه بدنة تتأخر إلى أن يصير مصلحًا.

قوله: فَإِنْ مَرِضَ وَأَوْصَى بِوَصَايَا، ذكر الإيصاء مطلقًا عن ذكر المرض في «المبسوط»،

فِيهِ إِذْ هِيَ حَالَةَ انْقِطَاعِهِ عَنْ أَمْوَالِهِ وَالوَصِيَّةُ تَخْلُفُ ثَنَاءً أَوْ ثَوَابًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْرِيعَاتِ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

وهو الصحيح؛ لأن تنفيذ الوصية بعد الموت، فحينئذٍ لا يتفاوت بين أن تكون وصيته في حالة المرض أو في حالة الصحة، فقال: والذي بلغ مفسدًا إذا أوصى بوصايا فالقياس فيه أنَّها باطلة بمنزلة تبرُّعاته في جنونه، ولكنَّا نستحسن إن وافق الحق وما يتقرب به إلى الله تعالى، وما يكون على غير وجه الفسق من الوصية للقرابات ولم يأت بذلك سرف، ولا أمر يستقبحه المسلمون أنه ينفذ ذلك كله من ثلث ماله؛ لأن الحجر عليه لمعنى النظر له حتى لا يتلف ماله، فيبتلي بالفقر الذي هو الموت الأحمر، وهذا المعنى لا يوجد في وصاياه؛ لأن أوان وجوبها بعد موته، وبعد ما وقع الاستغناء عن المال في أمر دنياه، فإذا حصلت وصاياه على وجه يكون فيه نظر منه لأمر آخرته، أو لاكتساب الثناء الحسن بعد موته وجبَ تنفيذه؛ لأن النظر له في تنفيذ هذه الوصايا.

ثم اعلم أن الذي بلغ سفيهًا، والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنع سواءٌ عندنا، إلا في أربعة مواضع:

(١) أحدها: أنه يجوز للأب ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير ليشتري له مالًا ويبيع، ولا يجوز تصرف الأب ولا وصي الأب على البالغ السفيه إلا بأمر الحاكم.

(٢) والثاني: أنه يجوز نكاحه، ولا يجوز نكاح الصبي العاقل.

(٣) والثالث: أنه يجوز طلاقه وعتاقه، ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه.

(٤) والرابع: أن الذي لم يبلغ إذا دبر عبده لا يصح تدبيره، وهذا السفيه إذا دبَّر عبدًا له جاز تدبيره؛ لأن التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق، إلا أن هناك تجبُ السعاية في قيمته وهنا لا تجب وقد ذكرناه، هذا كله من «المبسوط»، و«المغني».

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْرِيعَاتِ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا، وهو ما ذكرنا من أحكام الحج، وما ذكرنا من الفروق الأربعة بين أحكام المراهق والمحجور بالسفه وغيرها.

قَالَ: (وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا وَالفِسْقُ الأَصْلِيُّ وَالطَّارِئُ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحْجَرُ عَلَيْهِ زَجْرًا لَهُ وَعُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي السَّفِيهِ وَلِهَذَا لَمْ يُجْعَلْ أَهْلًا لِلْوِلَايَةِ وَالشَّهَادَةِ عِنْدَهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآيَةَ. وَقَدْ أُونِسَ مِنْهُ نَوْعُ رُشْدٍ فَتَتَنَاوَلُهُ النَّكِرَةُ المُطْلَقَةُ، وَلِأَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الوِلَايَةِ عِنْدَنَا لِإِسْلَامِهِ فَيَكُونُ وَالِيًا لِلتَّصَرُّفِ، وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَيَحْجُرُ القَاضِي عِنْدَهُمَا أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِسَبَبِ الغَفْلَةِ وَهُوَ أَنْ يُغْبَنَ فِي التِّجَارَاتِ وَلَا يَصْبِرُ عَنْهَا لِسَلَامَةِ قَلْبِهِ لِمَا فِي الحَجْرِ مِنَ النَّظَرِ لَهُ.

قوله: وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسِقِ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ عِنْدَنَا، إلى أن قال: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُحْجَرُ عَلَيْهِ، والخلاف مبني على أن الحجر لماذا؟ فعندنا - أي: عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله - أن الحجر على السفيه على سبيل النظر له، وقال الشافعي رحمه الله: على سبيل الزجر والعقوبة، ولمَّا كان الحجر عنده على سبيل الزجر والعقوبة كان الفاسق عنده مستحقًّا للزجر والعقوبة، فيحجر عليه وإن كان مصلحًا لماله، وأمَّا حجة أبي يوسف الله ومحمد رحمهما الله فما ذكره في الكتاب.

قوله: وَقَدْ أُونِسَ مِنْهُ نَوْعُ رُشْدٍ - وهو الإصلاح في المال - فَتَتَنَاوَلُهُ النَّكِرَةُ المُطْلَقَةُ، وهي في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾.

وفي «المبسوط»: فقوله: ﴿رُشْدًا﴾ منكر في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم، فإذا وجد رشدًا مَّا فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه، وفي «شرح الطحاوي»: الرشد المذكور في القرآن هو الصلاح في المال، لا في الدين والاعتقاد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي حَدِّ البُلُوغِ)

قَالَ: (بُلُوغُ الغُلَامِ بِالِاحْتِلَامِ وَالإِحْبَالِ وَالإِنْزَالِ إِذَا وَطِئَ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَبُلُوغُ الجَارِيَةِ بِالحَيْضِ وَالِاحْتِلَامِ وَالحَبَلِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ فَحَتَّى يَتِمَّ لَهَا سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً) ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -

فصل في حد البلوغ

لمَّا كان أحد أسباب الحجر الصغر، لم يكن بدٌّ من بيان انتهاء حد الصغر، وهذا الفصل في بيانه.

قوله: حَتَّى يَتِمَّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، بفتح العددين للتركيب، وحذف التاء من ثمانِي، وإثباتها في عشرة، والشين في عشرة بكسرها أو إسكانِها، وكذلك في **قوله:** سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً.

وذكر في ذيل «المغرب»: إذا جاوزت العشرة أسقطت التاء من العشرة في المذكَّر، وأثبتَّها في المؤنث، وكسرت الشين أو سكنتها، وما ضُمَّت إلى العشرة باق على حاله، أي: تثبت التاء في المذكر وتسقطها في المؤنث إلا الواحد، تقول في المذكر: أحد عشر، وفي المؤنث: إحدى عشرة، وفي الثانِي والثانية والعاشر والعاشرة عدُّوا إلى أصل القياس، أي: يقولون في المذكر: الثانِي عشر، والتاسع عشر، وفي المؤنث: الثانية عشر، والتاسعة عشر، يبنى الاسمين على الفتح كما في أحد عشر، فعلى هذا الأصل يجب أن يقال في **قوله:** وَقِيلَ المُرَادُ أَنْ يَطْعَنَ فِي التَّاسِعَةَ عَشْرَةَ سَنَةً؛ إذ التمييز فيه السنة فكان التمييز مؤنثاً، إلا إذا أريد بها العدد، أي: عدد السنين، فحينئذٍ يجوز أن يقال: فِي التَّاسِعِ عَشْرَةَ.

وَقَالَا: إِذَا تَمَّ الغُلَامُ وَالجَارِيَةُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَدْ بَلَغَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَعَنْهُ فِي الغُلَامِ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً. وَقِيلَ المُرَادُ أَنْ يَطْعَنَ فِي التَّاسِعِ عَشْرَةَ سَنَةً وَيَتِمُّ لَهُ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَا اخْتِلَافَ. وَقِيلَ فِيهِ اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ حَتَّى يَسْتَكْمِلَ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، أَمَّا العَلَامَةُ فَلِأَنَّ البُلُوغَ بِالإِنْزَالِ حَقِيقَةً وَالحَبَلُ وَالإِحْبَالُ لَا يَكُونُ إِلَّا مَعَ الإِنْزَالِ، وَكَذَا الحَيْضُ فِي أَوَانِ الحَبَلِ، فَجُعِلَ كُلُّ ذَلِكَ عَلَامَةَ البُلُوغِ، وَأَدْنَى المُدَّةِ لِذَلِكَ فِي حَقِّ الغُلَامِ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً، وَفِي حَقِّ الجَارِيَةِ تِسْعُ سِنِينَ. وَأَمَّا السِّنُّ فَلَهُمْ العَادَةُ الفَاشِيَةُ أَنَّ البُلُوغَ لَا يَتَأَخَّرُ فِيهِمَا عَنْ هَذِهِ المُدَّةِ.

وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الإسراء: ٣٤] وَأَشُدُّ الصَّبِيِّ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ سَنَةً، هَكَذَا قَالَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ وَتَابَعَهُ القُتَبِيُّ، وَهَذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ فَيُبْنَى الحُكْمُ عَلَيْهِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الإِنَاثَ نُشُوءُهُنَّ وَإِدْرَاكُهُنَّ أَسْرَعُ فَنَقَصْنَا فِي حَقِّهِنَّ سَنَةً لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنْهَا المِزَاجَ لَا مَحَالَةَ.

قوله: وَعَنْهُ فِي الغُلَامِ تِسْعَ عَشْرَةَ سَنَةً، أي: وعن أبي حنيفة رضي الله عنه.

قوله: فَلَا اخْتِلَافَ، أي: في الرواية.

قوله: فِيهِمَا، أي: في الغلام والجارية.

قوله: وَهَذَا أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ، فإن بعضهم قال: اثنان وعشرون، وبعضهم: خمس وعشرون، وهو قول عمر رضي الله عنه، وقال بعض السلف: ثماني عشرة سنة، وهذا أقل فيما قالوا، فوجب أن يتعلق الحكم به؛ لأنه هو المتيقن، كذا في «شرح الأقطع».

قوله: لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الفُصُولِ الأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدٌ مِنْهَا المِزَاجَ لَا مَحَالَةَ، أي:

قَالَ: (وَإِذَا رَاهَقَ الغُلَامُ أَوِ الجَارِيَةُ الحُلُمَ وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي البُلُوغِ فَقَالَ قَدْ بَلَغْتُ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُ وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ البَالِغِينَ) لِأَنَّهُ مَعْنًى لا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِمَا ظَاهِرًا، فَإِذَا أَخْبَرَا بِهِ وَلَمْ يُكَذِّبْهُمَا الظَّاهِرُ قُبِلَ قَوْلُهُمَا فِيهِ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ المَرْأَةِ فِي الحَيْضِ.

إنَّما زدنا سنة في حق الغلام ليوافق فصلًا من فصول السنة مزاجه، فيتقوي مزاجه.

يقال: رَهَقَهُ، أي: دنا منه، رهقًا، ومنه: «إذا صلَّى أحدكم إلى سترة فليرهقها»، وصبيٌّ مراهق: مُدانٍ للحكم، كذا في «المغرب».

قوله: وَأَشْكَلَ أَمْرُهُ فِي البُلُوغِ، فقال: قد بلغتُ فالقول قوله، ثم قيل: إنما يعتبر قوله في البلوغ فيما إذا بلغ سنُّه اثني عشر سنة أو أكثر، ولا يقبل فيما دون ذلك.

وذكر في الفصل الخامس من بيوع «فتاوى قاضي خان»: صبيٌّ يبيع ويشتري وقال: أنا بالغ، ثم قال بعد ذلك: لستُ ببالغ، فإن كان حين أخبر عن البلوغ يحتمل البلوغ، بأن كانت سنُّه اثني عشرة سنة أو أكثر، لا يعتبر جحوده بعد ذلك، وإن كان سنُّه دون ذلك لا يصح إخباره بالبلوغ، ويصح جحوده، وكذا ذكره في «فتاوى القاضي الإمام ظهير الدين» رحمه الله، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الحَجْرِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ

باب الحجر بسبب الدين

اعلم أن الدين أيضاً من أسباب الحجر عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فلذلك ذكره في كتاب الحجر، وإنما أَخَّر هذا الحجر عن الحجر بسبب السفه؛ لأن هذا الحجر موقوف إلى طلب الغرماء حجره، مع أن الأصل في الذمم هو البراءة عن الدين، كما أن الأصل هو الرشد دون السفه، فكان في هذا الحجر وصفٌ زائدٌ يتوقف إليه الحجر بعدما وقعت المشاركة بينهما في أصالة عدم سبب الحجر لهما، فكانت الفرعية ثابتة في هذا الحجر؛ إذا المزيد فرع على المزيد عليه، والفرع مؤخر عن الأصل وجودًا، فكذا ذكرًا طلبًا للتناسب.

اعلم أن الحجر بسبب الدين له شرائط:

إحداها: أن القاضي إذا حجر عليه بسبب الدين يشهد أنه قد حجر عليه في ماله، والإشهاد ليس بشرط لصحة الحجر، وإنما احتيج إليه؛ لأنه يتعلق بهذا الحجر أحكام، وربما يقع التجاحد فيه، فيحتاج إلى إثباته فيشهد ليقع الأمن عن التجاحد.

والثانية: أنه يبين سبب الحجر فيقول: حجرتُ عليه بسبب الدين؛ لأن الحجر على قول من يقول بجوازه تختلف أسبابه، وهو باختلاف سببه يختلف في نفسه؛ لأن الحجر بسبب السفه يعمُّ الأموال كلها، والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في الحال، فأمَّا ما يحدث له من المال بالكسب وغيره فلا يؤثر الحجر فيه، وينفذ تصرفه فيه.

والثالثة: أنه يُعيِّن صاحبَ الدين الذي وقع الحجر لأجله باسمه فيقول: حجرتُ عليه بسبب الدَّين الذي لفلان بن فلان عليه؛ لأن الحجر يرتفع بإبراء ربِّ الدين المحجور، وبوصول الدين إليه فيحتاج إلى معرفته.

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لا أَحْجُرُ فِي الدَّيْنِ، وَإِذَا وَجَبَتْ دُيُونٌ عَلَى رَجُلٍ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَالحَجْرَ عَلَيْهِ لَمْ أَحْجُرْ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ فِي الحَجْرِ إِهْدَارَ أَهْلِيَّتِهِ فَلَا يَجُوزُ لِدَفْعِ ضَرَرٍ خَاصٍّ. (فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ الحَاكِمُ)؛ لِأَنَّهُ

ومسائل الحجر كلها على قولهما خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله وقد ذكرناه، هذا كله ممَّا أشار إليه في «الذخيرة».

ثم إن الحجر بسبب الدين على قولهما في موضعين:

أحدهما: أن من ركبته الدُّيون إذا خِيف أن يلجيء ماله بطريق الإقرار بطلب الغرماء من القاضي أن يحجر عليه، عند أبي حنيفة رحمه الله لا يحجر عليه القاضي، وعندهما يحجر عليه، وبعد الحجر لا ينفذ تصرفه في المال الذي كان في يده عند الحجر، وتنفذ تصرفاته فيما يكتسب من المال بعده، وفي هذا الحجر نظر للمسلمين، فإذا جاز الحجر عليه عندهما بطريق النظر له فكذلك الحجر عليه لأجل النظر للمسلمين.

وعند أبي حنيفة رحمه الله كما لا يحجر على المديون نظرًا له، فكذلك لا يحجر عليه نظرًا للغرماء؛ لما في الحيلولة بينه وبين التصرف في ماله من الضرر عليه، وإنما يجوز النظر لغرمائه بطريق لا يكون فيه إلحاق الضرر إلا بقدر ما وردَ به الشرع، وهو الحبس في الدين لأجل ظلمه الذي تحقق بالامتناع من قضاء الدين مع تمكنه منه، وخوف التلجئة خوف موهوم منه فلا يُجعل كالمتحقق، ثم الضرر عليه في إهدار قوله فوق الضرر في حبسه، ولا يُستدل بثبوت الأدنى على ثبوت الأعلى.

ثم هذا الحجر عندهما لا يثبت إلا بقضاء القاضي، ومحمد رحمه الله يفرق بين هذا وبين الأول فيقول: الحجر هنا لأجل النظر للغرماء فيتوقف على طلبهم، وذلك لا يتم إلا بقضاء القاضي له، والحجر على السفيه لأجل النظر له، وهو غير موقوف على طلب أحد، فيثبت حكمه بدون القضاء.

والفصل الثاني أنه لا يباع على المديون ماله في قول أبي حنيفة رحمه الله، العروض والعقار

نَوْعُ حَجْرٍ، وَلِأَنَّهُ تِجَارَةٌ لا عَنْ تَرَاضٍ فَيَكُونُ بَاطِلًا بِالنَّصِّ (وَلَكِنْ يَحْبِسُهُ أَبَدًا حَتَّى يَبِيعَهُ فِي دَيْنِهِ) إيفَاءً لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَدَفْعًا لِظُلْمِهِ (وَقَالا: إذَا طَلَبَ غُرَمَاءُ المُفْلِسِ الحَجْرَ عَلَيْهِ حَجَرَ القَاضِي عَلَيْهِ، وَمَنَعَهُ مِنَ البَيْعِ وَالتَّصَرُّفِ وَالإِقْرَارِ حَتَّى لا يُضِرَّ بِالغُرَمَاءِ) لِأَنَّ الحَجْرَ عَلَى السَّفِيهِ إنَّمَا جَوَّزَاهُ نَظَرًا لَهُ، وَفِي هَذَا الحَجْرِ نَظَرٌ لِلْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ فَيَفُوتُ حَقُّهُمْ، وَمَعْنَى قَوْلِهِمَا وَمَنَعَهُ مِنَ البَيْعِ أَنْ يَكُونَ بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ، أَمَّا البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ لا يُبْطِلُ حَقَّ الغُرَمَاءِ وَالمَنْعُ

في ذلك سواء، إلا مبادلة أحد النقدين بالآخر، فللقاضي أن يفعل ذلك استحسانـًا لقضاء دينه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يبيع عليه ماله فيقضى دينه بثمنه، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: فمن مشايخنا من قال: مسألة الحجر بسبب الدين بناءٌ على مسألة القضاء بالإفلاس؛ لأن من شرط صحة الحجر على المديون القضاء بإفلاسه أولًا، ثم الحجر بناء عليه، حتى لو حجر عليه ابتداءً من غير أن يقضي عليه بالإفلاس لا يصح حجره بلا خلاف، والإفلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة، فيمكن للقاضي القضاء بالإفلاس أولًا وبالحجر بناء عليه، وعند أبي حنيفة رحمه الله الإفلاس في حالة الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أولًا، وبالحجر عليه بناء عليه.

ومنهم من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة، فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله كون الحجر متضمنـًا إلحاق الضرر بالمحجور، ولا تعلُّق له بالقضاء بالإفلاس.

التَّلجئة: هي أن يُلجئك أي: يضطرك ويكرهك أمرٌ إلى أن تأتي أمرًا باطنه خلاف ظاهره، إلى هذا أشار في «المغرب».

قوله: لِأَنَّهُ عَسَاهُ يُلْجِئُ مَالَهُ، بأن يقر بماله لغيره، أو يبيع بيع يُلجئه ماله من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده، كذا وجدتُ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَمَعْنَى قَوْلِهِمَا وَمَنَعَهُ مِنَ البَيْعِ أَنْ يَكُونَ بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ، يعني: أن المحجور

لِحَقِّهِمْ فَلَا يُمْنَعُ مِنْهُ.

قَالَ: (وَبَاعَ مَالَهُ إنِ امْتَنَعَ المُفْلِسُ مِنْ بَيْعِهِ وَقَسَمَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ بِالحِصَصِ عِنْدَهُمَا) لِأَنَّ البَيْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لِإِيفَاءِ دَيْنِهِ حَتَّى يُحْبَسَ لِأَجْلِهِ، فَإِذَا امْتَنَعَ نَابَ القَاضِي مَنَابَهُ كَمَا فِي الجَبِّ وَالعُنَّةِ. قُلْنَا: التَّلْجِئَةُ مَوْهُومَةٌ، وَالمُسْتَحَقُّ قَضَاءُ الدَّيْنِ، وَالبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ،

بسبب الدين إذا باع ماله بالغَبن لا يصح عندهما، سواءٌ كان ذلك الغبن يسيرًا أو فاحشًا، وإذا لم يصحّ منه الغبن يُخيّر المشتري بين إزالة الغبن وبين فسخ البيع، كما في بيع المريض مرض الموت، وإن باع ماله من الغريم وجعل الدين بالثمن قصاصًا إن كان الغريم واحدًا جاز ذلك، وإن كان الغريم اثنين فبيع ماله من أحدهما بمثل قيمته صحيح، كما لو باع من أجنبيٍّ بمثل قيمته ولكن المقاصَّة لا تصح، وكذا لو قضى دين بعض الغرماء لا يملك؛ لأن فيه إيثاره على الباقين، وتخصيصه بقضاء دينه وأنه محجور عليه، فصار كالمريض مرض الموت، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَبَاعَ مَالَهُ، أي: عندهما باعَ القاضي مال المحجور.

قوله: حَتَّى يُحْبَسَ - بالرفع؛ لأن هذا الحكم ثابت، وليست (حتى) هذه للغاية - لِأَجْلِهِ، أي: لأجل البيع.

قوله: وَالبَيْعُ لَيْسَ بِطَرِيقٍ مُتَعَيِّنٍ لِذَلِكَ؛ لأنه يمكنه بالاستقراض، والاستيهاب، وسؤال الصدقة من الناس، فلا يكون للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله.

قوله: بِخِلَافِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ، فإن التفريق متعين هناك؛ لأنه لمَّا لم يُمكنه الإمساك بالمعروف تعيَّن عليه التسريح بالإحسان، فلمَّا امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف نابَ القاضي منابه في التفريق، وأمَّا هاهنا فبخلافه؛ لأن البيع غير متعين لقضاء الدين على ما ذكرنا، فلا ينوب القاضي منابه، كالمديون إذا كان معسرًا فإن القاضي لا يؤاجره ليقضي دينه من أجرته بالاتفاق، فكذلك لا يبيع ما عليه من ثياب بدنه، ولذلك إذا

وَالحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا يَخْتَارُهُ مِنَ الطَّرِيقِ، كَيْفَ وَلَوْ صَحَّ البَيْعُ كَانَ الحَبْسُ إِضْرَارًا بِهِمَا بِتَأْخِيرِ حَقِّ الدَّائِنِ وَتَعْذِيبِ المَدْيُونِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَرَاهِمُ قَضَى القَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ) وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّ لِلدَّائِنِ حَقَّ الأَخْذِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ فَلِلْقَاضِي أَنْ يُعِينَهُ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ دَرَاهِمَ وَلَهُ دَنَانِيرُ

وجبَ الدين على امرأة فإن القاضي لا يزوجها لتقضي الدين من صداقها؛ لأن التزويج غير متعين لقضاء الدين على ما ذكرنا.

قوله: وَالحَبْسُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِمَا يَخْتَارُهُ مِنَ الطَّرِيقِ، هذا جواب عن قولهما: لِأَنَّ البَيْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ لِإِيفَاءِ دَيْنِهِ حَتَّى يُحْبَسَ لِأَجْلِهِ، أي: لأجل البيع، فيقول أبو حنيفة رحمه الله: والحبس الذي ذكرتم ليس لأجل البيع، بل لقضاء الدين بالشيء الذي يختاره المديون من الطريق الذي ذكرنا، من الاستقراض، والاستيهاب، وسؤال الصدقة من الناس، وبيع ماله بنفسه، فكان في جواز الحبس أقوى دليل لي؛ وذلك لأن العلماء لمَّا اتفقوا على حبسه في الدين كان ذلك دليلًا على أنه ليس للقاضي ولاية بيع ماله في دينه؛ لأنه لو جاز للقاضي بيع ماله لما اشتغل بحبسه، بل يبيع في الحال ويقضي دينُه؛ لما في الحبس من الإضرار به وبالغرماء في تأخير وصول حقهم إليهم، فحينئذٍ كان القاضي حابسًا بغير حاجة إلى الحبس وهو حرام، فكان في جواز الحبس دليل واضح على أنه لا يجوز للقاضي بيع مال المديون بدون رضاه، وهذا من أحاسِن القلب حيث جعلَ دليل الخصم دليل نفسه عليهم بأوضح بيان.

هذا الذي ذكره كله لإبطال مذهب الخصم، وأمَّا الدليل لأبي حنيفة رحمه الله في إثبات مذهبه قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراضٍ، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»، ونفسُه لا تطيب ببيع القاضي مالَه عليه، فلا ينبغي له أن يفعله عملًا بهذا الظاهر، والمعنى فيه أن بيع المال غير مستحق عليه، فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عند امتناعه، كما في الإجارة والتزويج على ما ذكرنا؛

أَوْ عَلَى ضِدِّ ذَلِكَ بَاعَهَا القَاضِي فِي دَيْنِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ أَنْ لا يَبِيعَهُ كَمَا فِي العُرُوضِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَهُ جَبْرًا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا مُتَّحِدَانِ فِي الثَّمَنِيَّةِ وَالمَالِيَّةِ مُخْتَلِفَانِ فِي الصُّورَةِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاتِّحَادِ يَثْبُتُ لِلْقَاضِي وِلايَةُ التَّصَرُّفِ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاخْتِلَافِ يُسْلَبُ عَنِ الدَّائِنِ وِلايَةُ الأَخْذِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، بِخِلَافِ العُرُوضِ؛ لِأَنَّ الغَرَضَ يَتَعَلَّقُ

لأن البيع غير متعينٍ عليه لقضاء الدين على ما ذكرنا، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط».

قوله: بَاعَهَا القَاضِي فِي دَيْنِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ اسْتِحْسَانًا، وهذا بالإجماع، وإنما خصَّ أبا حنيفة رحمه الله؛ لأن الشبهة ترد على قوله؛ لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض، فكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضـًا؛ لأن ذلك نوع بيع أيضـًا وهو بيع الصرف.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا مُتَّحِدَانِ فِي الثَّمَنِيَّةِ وَالمَالِيَّةِ، - ولهذا يُضم أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة - مُخْتَلِفَانِ فِي الصُّورَةِ، - فإنَّهما مختلفان حقيقةً وحكمـًا، أمَّا حقيقةً فظاهر، وأمَّا حكمـًا فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما - فَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاتِّحَادِ يَثْبُتُ لِلْقَاضِي وِلايَةُ التَّصَرُّفِ.

يُوضحه: أن من العلماء من يقول: لصاحب الدين أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء ولا رضاء، وهذا قول ابن أبي ليلى، والقاضي مجتهد فجعلنا له ولاية الاجتهاد هنا في مبادلة أحد النقدين بالآخر لقضاء الدين منه، ولا يُوجد هذا المعنى في سائر الأموال، وفيه إضرار بالمديون من حيث إبطال حقه من عين ملكه، وللناس في الأعيان أغراض، ولا يجوز للقاضي أن ينظر إلى غرمائه على وجه يلحق الضرر به فوق ما هو مستحق عليه، وهذا المعنى لا يوجد في النقود؛ لأن المقصود هناك المالية دون العين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِاخْتِلَافِ يُسْلَبُ عَنِ الدَّائِنِ وِلايَةُ الأَخْذِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وإنَّما

بِصُوَرِهَا وَأَعْيَانِهَا، أَمَّا النُّقُودُ فَوَسَائِلُ فَافْتَرَقَا (وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ النُّقُودُ ثُمَّ العُرُوض ثُمَّ العَقَارُ يُبْدَأُ بِالأَيْسَرِ فَالأَيْسَرِ) لِمَا فِيهِ مِنَ المُسَارَعَةِ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ مَعَ مُرَاعَاةِ جَانِبِ المَدْيُونِ (وَيُتْرَكُ عَلَيْهِ دَسْتٌ مِنْ ثِيَابِ بَدَنِهِ وَيُبَاعُ البَاقِي)؛ لِأَنَّ بِهِ كِفَايَةً وَقِيلَ دَسْتَانِ وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمْسِ الأَئِمَّةِ الحَلْوَانِيِّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا غَسَلَ ثِيَابَهُ لا بُدَّ لَهُ مِنْ مَلْبَسٍ.

لم يعكس حيث لم يُجعل للغريم ولاية الأخذ نظرًا إلى الاتحاد؛ لأنه حينئذٍ يلزم ترك العمل بأحد الشبهين؛ لأن ولاية القاضي أعم وأقوى، فلو ثبتَ للغريم ولاية الأخذ مع قصوره فيثبت للقاضي أيضـًا لقوته.

قوله: وَيُبَاعُ فِي الدَّيْنِ النُّقُودُ، يعني: إذا كان للمديون دراهم ودينه دنانير، أو على العكس، وله أيضـًا عروض وعقار وهو لا يبيع واحدًا منها ليقضى دينه، فعندهما يبيع القاضي ويقضي دينه، ولكن يبدأ في هذه الأشياء ببيع النقود، ثم بالعروض، ثم بالعقار، ذكر هذه المسألة في الفصل التاسع من أدب القاضي من «الذخيرة» فقال:

فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: القاضي يبيع مال المديون بدينه، ولكن يبدأ بدنانيره إذا كان الدين دراهم، فإن فضل الدين عن ذلك يبيع العروض أولًا دون العقار؛ لأن العروض مُعدَّة للتقلب، والتصرف، والاسترباح عليه، فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه، فإن لم يف ثمنه بدينه حينئذٍ يبيع العقار، وأمَّا بدون ذلك فلا يبيعه؛ لأن العقار أعد للاقتناء فيلحقه ضرر بيِّنٌ في بيعها، وهذا الذي ذكره إحدى الروايتين عنهما.

وقال بعضهم: على قولهما يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التَّوى والتَّلف من عروضه، ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف، ثم العقار، فالحاصل أن القاضيَ نصب ناظرًا فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء، فيبيع ما كان أنظر له، وبيع ما يخشى عليه التلف أنظر من بيع ما لا يخشى عليه فيبدأ ببيعه، ثم قال: وإذا كان للمديون ثياب يلبسها، ويمكنه أن يكتفي بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه فيقضى الدين ببعض ثمنها، ويشتري بما بقيَ ثوبًا يلبسه؛ لأن لبُس ذلك للتجمل، وقضاء الدين فرض عليه.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَرَّ فِي حَالِ الحَجْرِ بِإِقْرَارٍ لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ)؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهَذَا المَالِ حَقُّ الأَوَّلِينَ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِمْ بِالإِقْرَارِ لِغَيْرِهِمْ، بِخِلَافِ الإِسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ مُشَاهَدٌ لا مَرَدَّ لَهُ (وَلَوِ اسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ بَعْدَ الحَجْرِ نَفَذَ إِقْرَارُهُ فِيهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ لِعَدَمِهِ وَقْتَ الحَجْرِ.

قَالَ: (وَيُنْفَقُ عَلَى المُفْلِسِ مِنْ مَالِهِ وَعَلَى زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ الصِّغَارِ وَذَوِي أَرْحَامِهِ مِمَّنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ الأَصْلِيَّةَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى حَقِّ الغُرَمَاءِ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِغَيْرِهِ فَلَا يُبْطِلُهُ الحَجْرُ، وَلِهَذَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً كَانَتْ فِي مِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ.

وعلى هذا القياس إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك، يبيع ذلك المسكن ويصرف بعض الثمن إلى الغرماء، ويشتري بالباقي مسكناً ليبيت، وعن هذا قال مشايخنا: إنه يبيع ما لا يحتاج إليه في الحال، حتى أنه يبيع اللِّبد في الصيف، والنِّطَع في الشتاء.

وذكر في كتاب المداينات من «شرح الطحاوي»: وإذا باع القاضي عندهما مال المديون لقضاء ديونه، أو أمر أمينه بالبيع، فإن العهدة على المطلوب لا على القاضي وأمينه، والعهدة هي: أن البيع لو استحق فإنه يرجع بالثمن على المطلوب، لا على القاضي وأمينه.

وقوله: بِخِلَافِ الإِسْتِهْلَاكِ، متعلق بقوله: **لَزِمَهُ ذَلِكَ بَعْدَ قَضَاءِ الدُّيُونِ**، يعني: أنه إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون، فكان المتلَف عليه أسوة لسائر الغرماء.

قوله: لِأَنَّهُ مُشَاهَدٌ لا مَرَدَّ لَهُ، بخلاف الإقرار، فإن سببه محتمل.

وذكر في حجر «الذخيرة»: ولو كان سبب وجوب الدين ثابتًا عند القاضي بعلمه، أو بشهادة الشهود بأن شهدوا على الاستقراض، أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر.

قوله: وَيُنْفَقُ - على بناء المفعول - **عَلَى المُفْلِسِ**، أي: على المفلس المديون المحجور.

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ وَطَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ وَهُوَ يَقُولُ لا مَالَ لِي حَبَسَهُ الحَاكِمُ فِي كُلِّ دَيْنٍ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالمَهْرِ وَالكَفَالَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذَا الفَصْلَ بِوُجُوهِهِ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي مِنْ هَذَا الكِتَابِ فَلا نُعِيدُهَا، إِلَى أَنْ قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ لا مَالَ لَهُ: يَعْنِي خَلَّى سَبِيلَهُ لِوُجُوبِ النَّظِرَةِ إِلَى المَيْسَرَةِ، وَلَوْ مَرِضَ فِي الحَبْسِ يَبْقَى فِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَقُومُ بِمُعَالَجَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ، وَالمُحْتَرِفُ فِيهِ لا يُمَكَّنُ مِنَ الِاشْتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ لِيَضْجَرَ قَلْبُهُ فَيَنْبَعِثَ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ وَفِيهِ مَوْضِعٌ يُمْكِنُهُ فِيهِ وَطْؤُهَا لا يُمْنَعُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءُ إِحْدَى الشَّهْوَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِقَضَاءِ الأُخْرَى.

قَالَ: (وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الحَبْسِ يُلَازِمُونَهُ وَلا يَمْنَعُونَهُ

قوله: وَلَوْ مَرِضَ فِي الحَبْسِ يَبْقَى فِيهِ، إلى قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخْرَجَهُ تَحَرُّزًا عَنْ هَلَاكِهِ؛ لأنه لا يجوز الإهلاك لمكان الدين، ألا ترى أنه لو توجه الهلاك إليه بالمخمصة كان له أن يدفعه بمال الغير، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير؟ وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة أيضًا؛ لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وإنه في الحبس وغيره سواء.

قوله: وَالمُحْتَرِفُ فِيهِ لا يُمَكَّنُ مِنَ الِاشْتِغَالِ بِعَمَلِهِ هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قول بعضهم، فإنَّهم قالوا: لا يُمنع عن الاكتساب في السجن؛ لأن فيه نظرًا للجانبين: لجانب المديون؛ لأنه ينفق على نفسه وعلى عياله، ولرب الدين، فإنه إذا فضل منه يصرف ذلك إليه، وقال بعضهم: يمنع عن ذلك وهو الأصح، واليه أشار الخصاف رحمه الله؛ لأن المقصود من الحبس أن يضجر فيسارع إلى قضاء الدين، ولو ترك يكتسب في السجن لا يلحقه الضجر؛ لأن السجن حينئذٍ يصير بمنزلة الحانوت فلا يحصل المقصود، هذا كله من «الذخيرة».

قوله: وَلا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ - أي: لا يصير الحاكم حائلًا، أي: مانعًا بين المديون

مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ» أَرَادَ بِاليَدِ المُلَازَمَةَ وَبِاللِّسَانِ التَّقَاضِيَ.

قَالَ: (وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ) لِاسْتِوَاءِ حُقُوقِهِمْ فِي القُوَّةِ (وَقَالَا: إِذَا فَلَّسَهُ الحَاكِمُ حَالَ بَيْنَ الغُرَمَاءِ وَبَيْنَهُ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا البَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ مَالًا)؛ لِأَنَّ القَضَاءَ بِالإِفْلَاسِ عِنْدَهُمَا يَصِحُّ فَتَثْبُتُ العُسْرَةُ وَيَسْتَحِقُّ النَّظِرَةَ إِلَى المَيْسَرَةِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَتَحَقَّقُ القَضَاءُ بِالإِفْلَاسِ؛ لِأَنَّ مَالَ اللهِ تَعَالَى غَادٍ

وبين غرمائه - بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الحَبْسِ، من: حالَ بينهما حائلٌ، حؤولًا، وحيلولةً.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدٌ وَلِسَانٌ»، فوجه التمسك به هو أن الحديث مطلق في حق الزمان، فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله.

قوله: يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ، أي: يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين، هذا الذي ذكره فيما إذا أخذ أرباب الديون فَضْل كسب بغير اختياره، أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره، وأمَّا المديون في حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين واختاره فله ذلك؛ لأنه ذكر في آخر الفصل التاسع من أدب القاضي من «الذخيرة» بعد ما ذكر مسألة فقال:

هذه المسألة دليل على أن للمحبوس أن يؤثر بعض الغرماء على البعض، ثم قال: وقد نصَّ في «فتاوى النسفي» على ذلك فقال:

رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر، لواحد منهم خمسمائة، ولواحدٍ منهم ثلاثمائة، ولواحد منهم مائتان، وماله خمسمائة، فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القاضي كيف تقسم أمواله بينهم؟ قال: إذا كان المديون حاضرًا فإنه يقضي ديونه بنفسه، وله أن يُقدِّم البعض على البعض في القضاء، ويُؤثر البعض على البعض؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد، فيتصرف فيه على حسب مشيته، وإن كان المديون غائبًا والديون ثابتة

وَرَائِحٌ، وَلِأَنَّ وُقُوفَ الشُّهُودِ عَلَى عَدَمِ المَالِ لا يَتَحَقَّقُ إِلَّا ظَاهِرًا فَيَصْلُحُ لِلدَّفْعِ لا لِإِبْطَالِ حَقِّ المُلازَمَةِ. وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا البَيِّنَةَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ بَيِّنَةَ اليَسَارِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، إِذِ الأَصْلُ هُوَ العُسْرَةُ.

وَقَوْلُهُ فِي المُلازَمَةِ لا يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ يَدُورُ مَعَهُ أَيْنَمَا دَارَ وَلا يُجْلِسُهُ فِي مَوْضِعٍ لِأَنَّهُ حَبْسٌ.

عند القاضي، فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص؛ إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على البعض.

قوله: أَنَّ بَيِّنَةَ اليَسَارِ تَتَرَجَّحُ عَلَى بَيِّنَةِ الإِعْسَارِ، وفي بعض النسخ: على بينة العسار، واليسار اسم للإيسار من: أيسرَ، أي: استغنى، والإعسار مصدر أعسرَ أي: افتقرَ، والعسارُ في معناه خطأ محض، كذا في «المغرب».

ثم لو كانت نسخة الكتاب ما ذكره أوّلًا لا كلام في صحته، ولو كانت ما ذكره آخرًا لا يرد على لفظ الكتاب ما ذكره في «المغرب»؛ لأن هذا مذكور على طريق الازدواج، فيتغير اللفظ عن موضوعه للازدواج على ما ذكره في «الكشّاف» في تقرير ﴿شَدِيدِ ٱلۡعِقَابِ﴾ [غافر: ٣] في سورة المؤمن فقال: وقد غيَّروا كثيرًا من كلامهم عن قوانينه لأجل الازدواج، إلى آخره.

قوله: وَلا يُجْلِسُهُ فِي مَوْضِعٍ لِأَنَّهُ حَبْسٌ، وليس له حق الحبس، وعن محمد رحمه الله أنه قال: للمدعي أن يحبسه في مجلس حيِّه، وإن شاء في بيته؛ لأنه ربما يطوف به في الأسواق والسِّكك من غير حاجة، وفي ذلك ضرر المدعي، وفي رواية أخرى عنه: لصاحب الحق أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب من المصر، فإن كان الملزوم لا معيشة له إلا من كدِّ يده لم يكن لصاحب الحق أن يمنعه من أن يسعى في مقدار قوته يومًا فيومًا، فإذا اكتسب ذلك القدر في يومه فله أن يمنعه من الذهاب في ذلك ويحبسه.

قال هشام: سألتُ محمدًا رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليسٍ، فرأى

(وَلَوْ دَخَلَ دَارِهِ لِحَاجَتِهِ لا يَتْبَعُهُ بَلْ يَجْلِسُ عَلَى بَابِ دَارِهِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ)؛ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَوْضِعُ خَلْوَةٍ، وَلَوِ اخْتَارَ المَطْلُوبُ الحَبْسَ وَالطَّالِبُ المُلَازَمَةَ فَالخِيَارُ إِلَى الطَّالِبِ؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُولِ المَقْصُودِ لِاخْتِيَارِهِ الأَضْيَقَ عَلَيْهِ،

محمد رحمه الله الملازمة مع التفليس، وأشار إلى المعنى فقال: لعلَّ عنده شيئًا لا علمَ لنا به، فقال هشام: قلتُ له: فإن كانت الملازمة تضر بعياله وهو ممَّن يكتسب في سقي الماء في طَوْفه؟ قال: أمر صاحب الحق أن يوكل غلامًا له يكون معه، ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يومه له ولعياله، وكذلك إن كان يعمل في سوقه.

وفي الأقضية: إذا كان عمل الملزوم سقي الماء ونحوه، ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك، ولكن إمَّا أن يلزمه، أو يلزمه نائبه، أو أجيره، أو غلامه، إلا إذا كفاه نفقته، ونفقة عياله، وأعطاه حينئذٍ كان له أن يمنعه عن ذلك؛ لأنه لا ضررَ على الملزوم في هذه الصورة.

وفيه أيضًا: ليسَ لصاحب الحق أن يمنع الملزوم أن يدخل في بيته لغائطٍ، أو غذاءٍ، إلا إذا أعطاه الغذاء، أو أعدَّ موضعًا آخر له لأجل الغائط، حينئذٍ له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَوْ دَخَلَ دَارِهِ لِحَاجَتِهِ لا يَتْبَعُهُ بَلْ يَجْلِسُ عَلَى بَابِ دَارِهِ، وقد ذكرنا من «الذخيرة» آنفًا أن هذا الذي ذكره من عدم الدخول في بيته، فيما إذا لم يكن لصاحب الدين ما يكفي حاجته من الطعام، وموضع الخلاء، إذا كان الدخول لأجلهما، وأمَّا إذا كان فله ولاية المنع من الدخول في بيته.

وذكر أيضًا فيها محالًا إلى «الزيادات»: أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته، فإمَّا أن يأذن المدعي في الدخول معه، أو يجلس معه على باب الدار؛ لأنه لو تُرك حتى يدخل الدار وحده ربما يهرب من جانب آخر، فيفوت ما هو المقصود من الملازمة.

قوله: لِأَنَّهُ أَبْلَغُ فِي حُصُولِ المَقْصُودِ؛ - أي: لأن كون الخيار إلى الطالب - لِاخْتِيَارِهِ الأَضْيَقَ عَلَيْهِ، أي: على المطلوب وهو المديون، يعني: لمَّا أبى المطلوب الملازمة عُلِم أنَّها

إِلَّا إِذَا عَلِمَ القَاضِي أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ بِالمُلَازَمَةِ ضَرَرٌ بَيِّنٌ بِأَنْ لا يُمَكِّنَهُ مِنْ دُخُولِهِ دَارِهِ فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ (وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ لِلرَّجُلِ عَلَى المَرْأَةِ لا يُلَازِمُهَا) لِمَا فِيهَا مِنَ الخَلْوَةِ بِالأَجْنَبِيَّةِ وَلَكِنْ يَبْعَثُ امْرَأَةً أَمِينَةً تُلَازِمُهَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ ابْتَاعَهُ مِنْهُ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْوَةٌ لِلْغُرَمَاءِ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَحْجُرُ القَاضِي عَلَى المُشْتَرِي بِطَلَبِهِ. ثُمَّ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الفَسْخِ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ المُشْتَرِي عَنْ إِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيُوجِبُ ذَلِكَ حَقَّ الفَسْخِ كَعَجْزِ البَائِعِ عَنْ تَسْلِيمِ المَبِيعِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمِنْ قَضِيَّتِهِ المُسَاوَاةُ،

كانت أضيق عليه وأشد من حبسه، فكانت هي أكثر إفضاءً إلى الضجر، وشدة الضجر تحمله إلى قضاء الدين وهو المقصود، فلذلك كان خيار ربِّ الدين الملازمة، فيجيب القاضي إلى ما اختاره الطالب لذلك، وإنَّما كانت الملازمة أشد من الحبس؛ لأن ملازمة من لا يجانسه أشد من كل شديدٍ، فكانت أشد من الحبس.

قوله: وَمَنْ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ - أي: وعند المفلس - مَتَاعٌ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ ابْتَاعَهُ مِنْهُ، أي: اشترى ذلك المتاع هذا المفلس من ذلك الرجل المعين.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَحْجُرُ القَاضِي عَلَى المُشْتَرِي - حتى لا يصح تصرفه بالبيع وغيره - بِطَلَبِهِ، أي: بطلب البائع الحجر من القاضي، ذكر هذه المسألة في «المبسوط» في باب قبض المشتري بإذن البائع، وهو آخر أبواب بيوعه، وذكر في «الأسرار» في منتصف كتاب البيوع في فصل الخيار الذي هو غير ثابت عندنا، فقال في «المبسوط»:

وإذا أفلس المشتري بالثمن إن لم يكن البائع سلم العبد إليه فله أن يحبسه إلى أن يستوفي الثمن، وإن كان سلم المبيع إليه فليس له أن يسترده، ولكنه صار أسوة لغرماء المشتري فيه، وليس له أن يفسخ البيع عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: إذا أفلس المشتري بالثمن فللبائع أن يفسخ البيع، وهو أحق بالمبيع إن كان سلمه، ويفسخ العقد ويعيده إلى ملكه ويده.

وَصَارَ كَالسَّلَمِ. وَلَنَا أَنَّ الإِفْلَاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ العَيْنِ، وَهُوَ غَيْرُ

قوله: وَصَارَ كَالسَّلَمِ، يعنِي: أن كونه دينًا غير مانع لفسخ البيع إذا عجز عن قضائه بعد الوجوب عليه، كما إذا عجز عن تسليم المبيع بإباق العبد، ألا ترى أن في عقد السلم المسلم فيه دين، ثمَّ لمَّا تعذر قبضه بانقطاعه من أيدي الناس ثبتَ لربِّ السلم حق الفسخ فكذلك في الثمن، ولا فرق بينهما سِوى أن الثمن معقود به والمسلم فيه معقود عليه، ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض المعقود به كما يثبت بتعذر قبض المعقود عليه، ألا ترى أن المكاتبَ إذا عجز عن أداء بدل الكتابة يتمكّن المولى من فسخ العقد، وبدل الكتابة معقود به كالثمن.

وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، والمشتري حين أفلس بالثمن فقد استحق النَّظرة شرعًا، ولو أجَّله البائع لم يكن له أن يفسخ العقد قبل مضي الأجل، فإذا صار مُنْظرًا بإنظار الله تعالى أوْلَى أن لا يتمكن البائع من فسخ العقد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا أَنَّ الإِفْلَاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ العَيْنِ، أي: عن تسليم عين الدراهم المنقودة، أو عين الدنانير المنقودة، ولا يوجب العجز عن تسليم عين المستحق بالعقد وهو الدَّين، وهو وصف في الذمة.

وقال في «الأسرار»: ثم الحجة لنا أن المقبوض غير الواجب حقيقةً؛ لأن الواجب دين وهذا عينٌ، وذلك في الذِّمَّة وهذا في الكيس، وإنما جُعل في حكم عين الواجب في باب السلم بخلاف الحقيقة؛ لأن السلم لا يجوز الاستبدال به، فأمَّا الدُّيون التي يصح الاستبدال بها فلا يضطرنا شرعًا إلى أن نجعل العين في حكم الدين فيجوز بذلك غيره، ومثله في «المبسوط».

والمعنى فيه أنه لم يتعين على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد، كما لو كان المشتري مليًّا، وبيان ذلك أن موجب العقد ملك الثمن، فإن الثمن يجب بالعقد ويملك به، وإنما يملك بالعقد دينًا في الذمة، وبقاء الدين ببقاء محله، والذمَّة بعد الإفلاس باقية على ما كانت من قبل الإفلاس محلًّا صالحًا لوجوب الدين فيها، فأمَّا حق الاستيفاء فثابت للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد، ألا ترى أنه يجوز إسقاطه بالإبراء أو بالاستبدال، وقبض البدل

مُسْتَحَقٌّ بِالعَقْدِ فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الفَسْخِ بِاعْتِبَارِهِ،

إذا صار مستحقًّا بالبيع لا يجوز إسقاطه بالاستبدال، كما في المبيع عينًا أو دينًا، فعرفنا أن حق قبض الثمن له بحكم الملك لا أن يكون موجب العقد، فبتعذره لا يتغير شرط العقد.

فإن قلت: ما جوابنا عمَّا تمسك به الشافعي رحمه الله من الدليل السمعي والعقلي؟ أمَّا السمعي فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «أيّما رجل أفلس بالثمن فوجد رجل»، وفي رواية: «فوجد البائع متاعه عنده فهو أحق به».

وأمَّا العقلي فهو أن البيع عقد معاوضة، فمطلقه يقتضي التسوية بين المتعاقدين، ثم إن تعذَّر على المشتري قبض المبيع بالإباق ثبتَ للمشتري حق الفسخ، فكذلك إذا تعذر على البائع قبض الثمن لإفلاس المشتري، وكما أن المالية في الآبق كالثَّاوية حكمـًا فكذلك الدين في ذمة المفلس بمنزلة الثَّاوي حكمـًا، لانسداد طريق الوصول إليه، ولا فرق بينهما سوى أن الثمن معقود به، والعجز عنه غير مانع للفسخ كما في المكاتب على ما ذكرنا أن بدل الكتابة معقود به، والعجز عنه مُجوّز للفسخ، فكذا هاهنا، والدليل عليه أن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع، فإن من اشترى بفلوس شيئـًا فكَسَدت قبل القبض بطل العقد، فلمَّا كان هلاك الثمن كهلاك المبيع وجبَ أن يكون العجز عن تسليم الثمن كالعجز عن تسليم المبيع، لالتقائهما في معنى العجز عن تسليم ما وجب عليه.

قلتُ: أمَّا الحديث فقد ذكر الخصاف رحمه الله بإسناده أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «أيّما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو ماله بين غرمائه»، أو قال: «فهو أسوة غرمائه فيه»، وتأويل الرواية الأخرى: أن المشتري كان قبضه بغير إذن البائع، أو مع شرط الخيار للبائع، وبه نقول أن للبائع في هذا الموضع حق الاسترداد.

وأمَّا قوله: إن مطلق عقد المفاوضة يقتضي التسوية، فقلنا: نعم كذلك يقتضي التسوية ولكن في الملك على ما ذكرنا، وهو حاصل لكل واحد منهما، ولئن سلمنا أن التسوية في القبض، أن التسوية قد ينعدم بالتأجيل في الثمن فلا يبقى له حق فسخ البيع، وإن تعذر عليه استيفاء الثمن لإفلاس المشتري، وهذا بخلاف الفلوس إذا كسدت؛ لأنه تغير هناك موحب

وَإِنَّمَا الْمُسْتَحَقُّ وَصْفٌ فِي الذِّمَّةِ: أَعْنِي الدَّيْنَ، وَبِقَبْضِ الْعَيْنِ تَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ،

العقد، فموجب العقد ملك فلوسٍ هي ثمن، وبعد الكساد لا يبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة، فأمَّا بعد إفلاس المشتري فيبقى الثمن في ذمته مملوكاً للبائع كما استحقه بالعقد، وهذا بخلاف الكتابة؛ لأن هناك بعجز المكاتب تغيَّر موجب العقد، فموجب العقد ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الأجل، ولا يملكه إلا بالقبض؛ لأن بدل الكتابة ليس بدينٍ حقيقةً؛ لأن المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب دينًا في ذمة عبده، ولهذا لو كفل له إنسان ببدل الكتابة على المكاتب لم تصح الكفالة، وللمكاتب أن يعجز نفسه، فإذا لم يكن دينًا حقيقة قلنا: الملك للمولى إنَّما يثبت بالقبض، فإذا عجز المكاتب عن الأداء فقد تغيَّر ما هو موجب العقد عليه، فلذلك تمكَّن من فسخ العقد، وهاهنا بإفلاس المشتري لا يتغير ملك البائع في الثمن، فإنه مملوك دينـًا في ذمة المشتري.

وأمَّا قوله: إن الدين في ذمة المفلس ثاوٍ، قلنا: لا نُسلِّم؛ لأن المديون إذا كان مقرًّا بالدين فهو قائم حقيقة وحكمـًا، مفلسًا كان أو مليًّا، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: يجب على صاحب الدين الزكاة لما مضى إذا قبضه، فإذا لم يتغيَّر موجب العقد لا يتمكن من فسخ العقد، فعُلِم بهذا كله أن العجز عن تسليم الثمن لا يشبه العجز عن تسليم المبيع؛ لأنَّهما لا يتساويان في موجب العقد على ما ذكرنا.

والقاطع للشَّغب في أنَّهما - أي: أن الثمن والمبيع في حق العجز - لا يتساويان، هو أن قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليست بشرط لجواز العقد، بخلاف جانب المبيع، حتى أن المفلس لو اشترى شيئـًا والبائع يعلم أنه مفلس يصح العقد ويلزم، فلمَّا كان كذلك لم يكن الإفلاس الطارئ أقوى من الإفلاس المقارن، فلمَّا لم يمنع الإفلاس المقارن لزوم العقد، لأن لا ترتفع صفة اللزوم بالإفلاس الطارئ أَوْلَى، بخلاف جانب المبيع، فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لإباق العبد لا يجوز، وإن رضي به المشتري، فكذلك إذا طرأ العجز يثبت للمشتري حق الفسخ، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط».

قوله: وَإِنَّمَا الْمُسْتَحَقُّ وَصْفٌ فِي الذِّمَّةِ: أَعْنِي الدَّيْنَ، وقد ذكرنا مرارًا أن الدين عبارة عن وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة، والدراهم أو الدنانير التي يدفعها

هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا، إلَّا فِي مَوْضِعِ التَّعَذُّرِ كَالسَّلَمِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِبْدَالَ

المشتري إلى البائع عين، والعين غير الدين؛ لأن العين غير الوصف لا محالة، فالعين لا تثبت في الذمة والوصف يثبت، ولمَّا كان كذلك ينبغي أن لا يتمكن المديون من قضاء الدين أصلًا، لكن لمَّا دفع المديون الدراهم المنقوده إلى رب الدين صارت ذمة رب الدين مشغولة بدين المديون أيضـًا؛ لأن هذا الذي قبضه ربُّ الدين قبض مضمون؛ لأن قبضه متملكـًا لا مستودعًا، فوجبَ الضمانان في الذمتين فيلتقيان قصاصًا، فبرئت ذمة المديون ضرورةَ التقاء الضمانين قصاصًا؛ لأن الذي دفعه عين حق رب الدين.

وهذا معنى قولهم: إن آخر الدينين يكون قضاءً عن الأول، وهذا معنى ما ذكر في الكتاب **بقوله: وَبِقَبْضِ العَيْنِ تَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ**، فصار هذا اللفظ جوابًا عما يرد من الشبهة على مطلع النكتة وهو **قوله: وَلَنَا أَنَّ الإِفْلَاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عَنْ تَسْلِيمِ العَيْنِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالعَقْدِ**، بأن قيل: لمَّا كان العين المنقود غير مستحق بالعقد، وجبَ أن لا تبرأ ذمة المديون بدفع الدراهم المنقودة، فأجاب عنها **بقوله: وَبِقَبْضِ العَيْنِ تَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ**، فيجبُ في ذمتهما دين لكل واحد منهما على صاحبه فيلتقيان قصاصًا، فبرئت ذمة المديون ضرورة، لا أن تكون الدراهم المنقودة هي المستحق بالعقد.

قوله: هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ، إشارة إلى مطلع التعليل وهو أن تسليم العين غير مستحق بالعقد، بل المستحق بالعقد هو الدين وهو وصف لا عين، فالعجز عن تسليم العين وهو الدراهم المنقودة لا يُثبت حق الفسخ.

قوله: فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا، أي: اعتبار الحقيقة، ومن اعتبار الحقيقة لزوم القول بعدم جواز الفسخ.

قوله: إلَّا فِي مَوْضِعِ التَّعَذُّرِ كَالسَّلَمِ، فإن في السلم أعطى للحنطة المعيَّنة التي هي المسْلَم فيها حكم الدين الذي هو عين حق رب السلم؛ لأن الدين الذي هو وصف في الذمة هو عين حق رب الدين، وفي السلم أيضـًا كان الدين الذي في ذمة المسْلَم إليه عين حق رب

مُمْتَنِعٌ فَأَعْطَى لِلْعَيْنِ حُكْمَ الدَّيْنِ، وَاللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالى أَعْلَمُ بِالصَّوَاب.

السلم كما في سائر الديون، إلا أن المنقود المعين الذي هو المسلم فيه جعل عين الدين الذي في ذمة المسلم فيه هو عين حق رب السلم ضرورة، وهي أن بيع السلم بيع كسائر البياعات، وفي البيع لا بدَّ من مبيع وثمن، والذي نقده رب السلم من رأس المال ثمن بالاتفاق؛ لأنه معقود به لا معقود عليه، فلو لم يجعل ما في ذمة المسلم إليه عين حق رب السلم من المعقود عليه، كان بيع السلم بيعًا بلا مبيع فيبطل البيع، فاضطررنا إلى أن نجعل الحنطة المنقودة المُعيَّنة عين حق رب السلم، كالمبيع هو عين حق المشتري، فلمَّا كانت الحنطة المعيَّنة عين حق رب السلم كان العجز عن تسليمها وقت حلول الأجل كالعجز عن تسليم المبيع، وبالعجز عن تسليم المبيع يثبت للمشتري حق جواز الفسخ، فكذلك العجز عن تسليم المسلم فيه يثبت لرب السلم جواز الفسخ لعجزه عن تسليم ما هو مستحق العقد.

وبخط شيخي رحمه الله هاهنا بالفارسية في حاشية قوله: لِأَنَّ الِاسْتِبْدَالَ مُمْتَنِعٌ فَأَعْطَى لِلْعَيْنِ حُكْمَ الدَّيْنِ، (در باب سلم عين را حكم دين است، چه استبدال جائز نيست چون عاجز آمد از تسليم عين، گويى: كه عاجز آمده است از تسليم ما هو مستحق بالعقد پس مر ويرا اختيار بود)، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ المَأْذُوْنِ

كتاب المأذون

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر التناسب؛ إذ الإذن يقتضي سبق الحجر، فلمَّا ترتبا هكذا وجودًا ترتبا هكذا أيضًا ذكرًا؛ طلبًا للتناسب.

ثم محاسن الإذن الذي هو عبارة عن الإعلام بالإطلاق عن الحجر ظاهرة؛ اعتبارًا بالإطلاق الحسي كما في إطلاق الأسير؛ ولأن هذا نوع من الاكتساب الحلال الذي سمَّاه الله تعالى فضل الله بقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وسمَّى النبي صلَّى الله عليه وسلَّم مباشره صديق الله بقوله: «الكاسب صديق الله»، والشيء الذي هو سبب لإصابة فضل الله وتحصيل صداقة الله لا خفاء لأحد في حُسنه؛ ولأن فيه فتحًا لباب التصرفات لمن يصدر منه التصرف النافع، وهو سبب لزيادة اهتداء في التصرفات، ورُبَّما يكون ذلك سببًا لحصول العتق الذي هو رأس المنافع عند تحصيل تجارات مُربحة للمولى، فحينئذٍ يكتسب العبد بولاية نفسه الفوائد الدينية التي لم يتمكَّن منها في حال رقه، ويحصل للمولى ثواب العتق الموعود الذي هو النجاة من النار الكبرى.

فيحتاج هاهنا إلى بيان الإذن لغةً، وشرعًا، وبيان دليل شرعيته، وما يحصل بالإذن، وسببه، وشرطه، وحكمه.

أمَّا اللغة: فالإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه، وإعلام بإطلاقه فيما حجر عنه، من: أذن له في الشيء إذنًا.

وأمَّا شرعًا: فالإذن في التجارة عبارة عن فك الحجر الثابت بالرق ورفع المانع

الإِذْنُ: الإِعْلَامُ لُغَةً،

من التصرف، فيصير بالإذن كالأحرار في حق التصرف، وهذا عندنا، وأمَّا عند الشافعي رحمه الله فعبارة عن إنابة وتوكيل، وتظهر ثمرة الاختلاف في أن الإذن بالتجارة عندنا لا يتخصص بنوع دون نوع، بل يثبت في الأنواع كلها، وعنده يتخصص، وكذلك لا يتخصص بمكان دون مكان، ولا بزمان دون زمان، بل يعم الأماكن والأزمان كلها؛ لأن العبد عندنا يتصرف بحكم مالكيته الأصلية، وإنَّها عامَّة لا تختص بنوع، ومكان، ووقت، وسيجيء دليل ذلك قريباً من هذا إن شاء الله تعالى.

وأمَّا دليل شرعيته فالكتاب، والسنة، والمعقول، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وإذن العبد في التجارة طريق ابتغاء فضل الله.

وأمَّا السنة: فهي ما رُوى عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنه كان يركب الحمار، ويجيب دعوة المملوك»، وفيه دليل على تواضع رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، فإن ركوب الحمار من التواضع، وفيه دليل أيضاً على جواز الإذن؛ لأن المملوك لا يتمكن من إيجاد الضيافة ما لم يكن له كسبٌ، وطريق الاكتساب التجارة، وليس له أن يباشرها بدون إذن المولى، فثبتَ بهذا الحديث جواز الإذن في التجارة، وأن ما يكتسبه العبد بعد الإذن حلال له، ولا بأس للعبد المأذون أن يتَّخذ الدعوة بعد أن لا يسرف في ذلك، ولا بأس بإجابة دعوته اقتداءً برسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم.

ورُوي أيضاً أنه كان للعباس بن عبد المطلب رضي الله عنه عشرون عبدًا، كل عبد منهم يتَّجر بعشرة آلاف، ولم يُرو أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم ولا واحدًا من الصحابة أنكر عليه ذلك.

وأمَّا المعقول: فهو أن المولى يستعين بمملوكه في أموره شرعًا، والإذن في التجارة من قبيل ذلك فيملكه.

وأمَّا ما يحصل به الإذن فنوعان: أحدهما: يثبت صريحًا، والآخر: يثبت دلالةً، فيسجيء بيانه إن شاء الله تعالى.

وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ عِنْدَنَا، وَالعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ

وأمَّا سببه: فما هو السبب في البيوع وسائر المعاملات، وقد ذكرناه في البيوع.

وأمَّا شرطه: فنوعان:

أحدهما: من جهة الآذن، وهو أن يكون الآذن ممن له ولاية على المأذون في الإذن بالتجارة.

والثاني: من جهة المأذون، وهو أن يكون عاقلًا لما يؤذن فيه سواءٌ كان بالغًا أو غير بالغ، ودخل تحت قولنا: ممَّن له ولاية الإذن في التجارة المكاتبُ، والمأذونُ، والمضاربُ، والشريكُ مفاوضة أو عنانًا، والأبُ، والجدُّ أب الأب، والقاضي، والوالي.

وأمَّا حكمه: فما هو التفسير الشرعي، وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعًا عمَّا يتناوله الإذن لا الإنابة والتوكيل؛ لأن حكم الشيء ما يثبت به، والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر عن التجارة، هذا ممَّا ذكره في «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«الذخيرة»، و«المغني» وغيرها.

قوله: **وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ عِنْدَنَا**، وقيَّد بقوله: **عِنْدَنَا**؛ لأن عند الشافعي رحمه الله الإذن عبارة عن التوكيل والإنابة، ولمَّا كان فكًّا للحجر عندنا لم يقبل التخصيص في التجارة بنوع دون نوع ولا التوقيت على ما ذكرنا.

فإن قلتَ: لا يصح الاستدلال على عدم التخصيص والتوقيت بأن الإذن عبارة عن فك الحجر، والإطلاق، وتمليك اليد، ألا ترى أن تقليد القضاء إطلاق، وإثبات للولاية، ثم هو قابل للتخصيص، وكذلك الإعارة والإجارة تمليك للمنفعة، وإثبات لليد على العين، ثم هو قابل للتخصيص فيجب أن يكون هذا كذلك .

قلتُ: الفرق بينهما ظاهر، أمَّا في تقليد القضاء فإن القاضي لا يعمل لنفسه فيما يقضي، بل هو نائب عن المسلمين، ولهذا يرجع بما يلحقه من العُهْدة في مال المسلمين، وكيف يكون عاملًا لنفسه وهو فيما يعمل لنفسه لا يصلح أن يكون قاضيًا، بخلاف العبد فإنه غير نائب عن المولى، وأمَّا المستعير أو المستأجر فإنه يتصرف في محل هو ملك الغير بإيجاب صاحب الملك له، وإيجابه في ملك نفسه يقبل التخصيص، فأمَّا العبد لا يتصرف بإيجاب المولى؛ لما يجيء أن التصرف غير مملوك للمَوْلَى في ذمته، فكيف يوجب ما لا يملكه؟ كذا في «المبسوط».

بِأَهْلِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الرِّقِّ بَقِيَ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ بِلِسَانِهِ النَّاطِقِ وَعَقْلِهِ المُمَيِّزِ وَانْحِجَارُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ لِحَقِّ المَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مَا عَهِدَ تَصَرُّفَهُ إِلَّا مُوجِبًا تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَبِكَسْبِهِ،

قوله: وَإِسْقَاطُ الحَقِّ عِنْدَنَا، أي: إذن المولى لعبده في التجارة إسقاط لحق نفسه الذي كان العبد محجورًا عن التصرف في مال المولى قبل إذنه، وبالإذن أسقط حق نفسه عنه، والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته، فأثر الإسقاط ما ذكره بعده بقوله: وَلِهَذَا لا يُقْبَلُ التَّأْقِيتُ، وأثر تصرف العبد بأهلية نفسه ما ذكره بعده بقوله: وَلِهَذَا لا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ عَلَى المَوْلَى، فكان فيه صنعة اللّف والنشر.

وعند الشافعي رحمه الله تصرف العبد المأذون كتصرف الوكيل، بدليل أن الملك للمَوْلى فيما يشتري، فاستقام أن يُجعل نائبًا عن المولى ووكيلًا من قِبَله، ولكن لا يلزم المولى الثمن؛ لأن المولى قصدَ بالإذن تحصيل الربح لا غير، وذلك بأن يقضي دين التجارة من مال التجارة فيخلص الفضل ربحًا له بلا غُرم، كذا في «الأسرار».

وحاصله أن الإذن في التجارة فك الحجر الثابت بالرق، وإثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة الكتابة إلا أن الكتابة لازمة؛ لأنَّها بعوض والإذن لا يكون لازمًا لخلوه عن العوض بمنزلة الملك المستفاد بالهبة مع المستفاد بالبيع.

وقوله: وَانْحِجَارُهُ عَنِ التَّصَرُّفِ - أي: قبل الإذن - لِحَقِّ المَوْلَى، هذا جوابُ سؤال مقدر وهو أن يقال: لمَّا بقي العبد أهلًا للتصرف بعد الرق ينبغي أن لا ينحجر؟ فأجاب عنه بهذا.

وذكر في «الذخيرة»: وإنما قلنا: أن العبد يتصرف بحكم مالكيته الأصلية؛ لأن تصرفات العبد تبتني على الشراء؛ لأن أول تصرف يباشره العبد بعد الإذن في التجارة الشراء؛ لأنه لا مال له حتى يبيع، والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى؛ لأنه يتصرف في خالص حقه وهو ذمته بإيجاب الثمن فيها؛ لأن الثمن يجبُ في ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد، بحيث لو امتنع عن أدائه في الحال يحبس، وذمَّتُه خالصُ حقه، ولهذا لو أقرَّ على نفسه بالقصاص صحَّ وإن كذبه المولى، فإذا ثبتَ أن محل الشراء خالص حق العبد كان الشراء حقًّا

وَذَلِكَ مَالُ المَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِهِ كَيْ لا يَبْطُلَ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَلِهَذَا لا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ عَلَى المَوْلَى، وَلِهَذَا لا يُقْبَلُ التَّأْقِيتُ، حَتَّى لَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ

له، وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفه في الأحوال كلها قبل الإذن وبعد الإذن، ولكن شرطنا الإذن لا لنفاذ تصرف العبد وصحته، بل لمعنًى آخر وهو أن يصير المولى راضيًا بالضرر بتصرف العبد؛ لأنه تصرف العبد لا ينفك عن شغل رقبة العبد وكسبه، ألا ترى أن تصرف العبد قبل الإذن إذا وقع نافعـًا في حق المولى ينفذ على المولى على ما يأتِي، والحجر إنما يظهر في التصرفات الضَّائرة، أو الدائرة بين النفع والضرر، لا في حق التصرفات النافعة.

وعن هذا قلنا: إن العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل تنفذ الإجارة في حق المولى ويجب المسمى، ففي جواز التصرفات النافعة المحجور والمأذون سواءٌ، فثبتَ أن اشتراط الإذن من المولى لما قلنا، لا لجواز شراء العبد، ثمَّ الرضاء بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع، فالتقييد بنوع غير مفيد في حقه فلا يعتبر.

وذكر في «المبسوط»: ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق، ولا ينعدم ذلك بالرق؛ فإن صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر، وبالرق لا يخرج من أن يكون من البشر، إلا أن الذمة تضعف بالرق فلا يجبُ المال فيها إلا شاغلًا مالية الرقبة، ومالية الرقبة حق المولى فكان محجورًا عن التصرف لحق المولى في مالية الرقبة، وذلك يسقط بوجود الرضاء منه لتعلق الحق بمالية رقبته، فكان الإذن فكًّا للمحجور من هذا الوجه، وإنما ينعدم بالرق الأهلية لمالكية المال؛ لأنه يصير به مملوكـًا مالًا، وبين كونه مملوكـًا مالًا وكونه مالكـًا للمال منافاة، ولهذا لا ينعدم بالرق الأهلية لمالكية النكاح؛ لأنه لا يصير به مملوكـًا نكاحًا.

فإن قيل: فينبغي أن ينعدم بالرق الأهلية لملك التصرف؛ لأنه صار مملوكـًا تصرفـًا، فإن المولى يملك التصرفات عليه.

قلنا: إنما يصير مملوكـًا تصرفـًا في نفسه بيعـًا أو تزويجـًا، فلا جرم تنعدم الأهلية لمالكية هذا التصرف، ويكون نائبًا فيه عن المولى متى باشره بأمره بأن باع نفسه بأمره، ولكن لا يصير مملوكـًا تصرفـًا في ذمته، حتى أن المولى لا يملك الشراء بثمن يجب في ذمة عبده ابتداءً، فتبقى

يَوْمًا أَوْ شَهْرًا كَانَ مَأْذُونًا أَبَدًا حَتَّى يَحْجُرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الإِسْقَاطَاتِ لا تَتَوَقَّتُ ثُمَّ الإِذْنُ كَمَا يَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ يَثْبُتُ بِالدَّلالَةِ، كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ.

له الأهلية في ملك هذا التصرف، كما أنه لم يصِرْ مملوكـًا تصرفـًا عليه في الإقرار بالحدود والقصاص بقي مالكـًا لذلك التصرف.

فإن قيل: انعدام الأهلية لحكم التصرف وهو الملك بسبب الرق، يقتضي أن لا يكون أهلًا لنفس التصرف؛ لأن التصرفات الشرعية لا تراد لعينها بل لحكمها، وهو ليس بأهلٍ لذلك فلا يكون أهلًا لسببه، كأسباب العبادات غير ثابتة في حق الصبي والمجنون؛ لأنَّهما ليسا بأهل لحكمها وهو الابتلاء.

قلنا: لا كذلك فحكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك، ألا ترى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه؛ وهذا لأنه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلًا لقضائها، وأدنى طريق قضاء الحاجة ملك اليد فهو الحكم الأصلي للتصرف، وملك العين مشروع للتوصل إليه، فما هو الحكم الأصلي يثبت للعبد، وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه، وهو نظير من اشترى شيئـًا على أن البائع بالخيار ثم ماتَ، فمتى اختار البيع للبائع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بطريق باشره المورث بنفسه، بخلاف أسباب العبادات في حق الصبي والمجنون؛ لأن المراد منها شغل الذمَّة بالوجوب لتحقق الابتلاء، وهما ليسا بأهل للابتلاء فلا تثبت الأسباب الموجبة للابتلاء في حقهما لذلك؛ إذ ليس لهذه الأسباب أصل وخلف حتى يثبت ما هو الأصل لهما والخلف لغيرهما، كما في تصرف العباد فافترقا.

قوله: لِأَنَّ الإِسْقَاطَاتِ لا تَتَوَقَّتُ، كالطلاق والعتاق.

فإن قلتَ: لو كان إسقاطـًا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده؛ لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود، قلتُ: بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق، فكان في الحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل لا في ما مضى؛ لا أن الساقط يعود.

قوله: كَمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ يَصِيرُ مَأْذُونًا عِنْدَنَا، فإن قلتَ: ما الفرق

وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا مَمْلُوكًا، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِهِ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ بَيْعًا صَحِيحًا،

بين هذه المسألة وبين ما إذا رأى القاضي الصغيرَ، أو المعتوهَ، أو عبدَ الصغير يبيع ويشتري، وسكتَ لا يكون إذنًا له في التجارة، مع أن القاضي يملك أن يأذن لليتيم أو عبد اليتيم، بل ولاية القاضي أقوى من ولاية الأب في حق الصغير، حتى أن القاضي إذا أذن للصغير وأبى الأب صحَّ إذن القاضي ولا يعتبر لإباء الأب، والمسألة في «تتمَّة الفتاوى»، و«الذخيرة».

ثمَّ يثبت الإذن من الأب بالتصريح والدلالة، ولا يثبت من القاضي إلا بالتصريح.

قلتُ: لأن الإذن من القاضي قضاء والقضاء لا يثبت بالسكوت، وكذلك رجحان إذن القاضي عند إباء الأب لهذا المعنى أيضـًا؛ وذلك لأن القاضي إذا أذن فرأى المصلحة في الإذن، والإذن ممَّا ينتفع به الصبي؛ لأنه يهتدي بذلك إلى التجارة، فإذا طلب من الأب الإذن وأبى الأب صار الأب عاضلًا له، فانتقلت الولاية إلى القاضي بسبب العَضَل، كالولي في باب النكاح إذا عَضَل فإنه تنتقل الولاية إلى القاضي لهذا؛ لأن النكاح حق المرأة قبل الولي، فإذا امتنع الولي عن الإيفاء نُقلت الولاية إلى القاضي إيفاءً لحق المرأة، كذا هاهنا، كذا في الفصل العاشر من مأذون «الذخيرة».

فإن قلتَ: في إثبات الإذن للعبد في التجارة عند سكوت المولى إذا رأى عبده يبيع ويشتري وجوه من الشبهة:

أحدها: أن هذا التصرف الذي باشره العبد من البيع لا يصح في حقه الإذن حتى لم يصح ذلك البيع، فلمَّا لم يصح الإذن في عين ذلك التصرف فكيف يثبت في غيره؟

وكذلك إذا رأى أجنبيًّا يبيع عينًا من أعيان ماله فسكتَ لا يصير مأذونًا ببيع ذلك العين، وكذلك المرتهن إذا رأى الرَّاهن يبيع ذلك الرهن فسكتَ ولم ينهه عن البيع لا يصير إذنـًا له في البيع، وكذلك إذا رأى عبده يتزوج، أو رأى أمته تزوج نفسها فسكتَ ولم ينههما عن ذلك لا يصير إذنـًا لهما في النكاح، ففي هذه المسائل لا يكون السكوت إذنـًا، لا في نفس ذلك التصرف ولا في غيره، سوى المسألة الأولى يكون السكوت إذنـًا في غير ذلك التصرف مع احتياجه إلى الفرق، ولأن سكوته محتمل قد يكون للرضا بتصرفه، وقد يكون لفَرْط الغيظ

أَوْ فَاسِدًا؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ رَآهُ يَظُنُّهُ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا فَيُعَاقِدُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ المَوْلَى رَاضِيًا بِهِ لَمَنَعَهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُمْ.

وقلة الالتفات إلى تصرفه؛ لعلمه أنه محجور عن ذلك شرعًا والمحتمل لا يكون حجةً، كمن رأى إنسانًا يُتلف ماله فسكتَ لا يسقط الضمان بسكوته.

قلتُ: أمَّا الجواب عن المسألة الأولى: فهو إنَّما لم يجز ذلك التصرف بسكوت المولى؛ لأن تصرفه في ذلك العين الذي باع يقع على طريق الوكالة والتوكيل لا يثبت بالسكوت، ولكن يتضمن إذنًا في الأنواع كلها، وكان هذا بمنزلة ما إذا رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئًا بالخمر أو الخنزير فسكتَ يصير العبد مأذونًا في التجارة، وإن كان لا يجوز هذا الشراء، كذا هاهنا.

وذكر في «المبسوط»: لو رأى عبده يبيع في حانوته متاعه بغير أمره ولم ينهه، كان مأذونًا بسكوت المولى عن النهي بعد علمه بتصرفه، ولكن لا يجوز ما باعَ من متاع المولى؛ لأن جواز البيع في ذلك المتاع يعتمد التوكيل، وذلك يحصل بالأمر في الابتداء أو الإجازة في الانتهاء، والسكوت لا يكون أمرًا ولا إجازةً فلا يثبت به التوكيل، ألا ترى أن فيما يبيع من متاع المولى بأمره إذا لحقه العهدة يرجع بِها على المولى، بخلاف صيرورته مأذونًا فإن ذلك يعتمد الرضا لا التوكيل، حتى لا يرجع بما يلحقه من العهدة في سائر التصرفات على المولى، ولا يتحقق الضرر في حق المولى بمجرد صيرورته مأذونًا.

وعن هذا المعنى قلنا: إن في جواز هذا التصرف إزالة ملك المولى عمَّا يبيعه، وفي إزالة ملكه ضرر متحقق فلا يثبت بسكوته، وليس في ثبوت الإذن ضرر على المولى متحقق في الحال، وقد يلحقه الدين وقد لا يلحقه، ولو لم يثبت الإذن به يتضرر الناس في معاملاتهم به.

وكذلك الجواب فيما إذا رأى أجنبيًّا يبيع ماله فسكتَ؛ لما أن ضرر المالك متيقن فإنه يزول ملكه عن العين في الحال، وزوال ملك الإنسان عن العين وإن كان بعوض ضررٌ، حتى لا يملك عليه أحد ذلك حالة الاختيار.

وأمَّا مسألة الرهن: فإنا لو لم نثبت الإذن حتى أبطل المرتهن البيع، يبطل ملك الراهن

قَالَ: (وَإِذَا أَذِنَ المَوْلَى لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِذْنًا عَامًّا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ) وَمَعْنَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَذِنْتُ لَكَ فِي التِّجَارَةِ وَلا يُقَيِّدُهُ.

عن الثمن ملكـًا موقوفـًا، فإن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية، ولو أثبتنا الإجازة على المرتهن أبطلنا ملك المرتهن عن اليد ملكـًا تامًّا، وعسى لا يصل إلى يده من محل آخر فكان ضرر المرتهن أقوى، فلذلك لم تثبت الإجازة بالسكوت.

فأمَّا مسألة تزوج العبد: فإنَّا لو أثبتنا الإذن تتضرر المرأة بزوال ملكها عن منافع بضعها للحال وهي في حكم العين، ولو لم نثبت الإذن يتضرر العبد ضررًا موهومًا، فإن ضرر العبد في أن يدخل بها على حسبان أن المالك أجازه وأنه موهومٌ، فكان الترجيح لجانب المرأة ولم نقل بالإجازة، ولذلك لم يجعل السكوت رضـًا في إتلاف المال؛ لأن الضرر هناك يتحقق في الحال، وسكوته لا يكون دليل التزام الضرر حقيقةً؛ ولأنه لا حاجة إلى تعيين جانب الرضاء هناك لدفع الضرر والغرور عن المتلف، وهو ملتزم للضرر بإقدامه على إتلاف المال وهو موجب للضمان بنفسه حقيقةً، بخلاف ما نحن فيه.

وأمَّا قوله: السكوت محتمل، فقلنا: نعم كذلك، ولكن دليل العرف يرجح جانب الرضا، فالعادة أن من لا يرضى بتصرف عبده يظهر النهي إذا رآه يتصرف، ويؤدبه على ذلك، وربَّما يستحق عليه ذلك شرعًا لدفع الضرر والغرور، فبهذا الدليل رجَّحنا جانب الرضا كما في سكوت البكر، وكما في سكوت الشفيع يرجح جانب الرضا لدفع الضرر عن المشتري والبكر، هذه فوائد مجموعة من «المبسوط»، و«الذخيرة»، و«الإيضاح».

قوله: فِي سَائِرِ التِّجَارَاتِ، أي: في جميعها يقال: سائر الناس، أي: جميعهم، وسارُ الشيء لغةٌ في سائره، كذا في «الصحاح».

قوله: وَمَعْنَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَذِنْتُ لَكَ فِي التِّجَارَةِ وَلا يُقَيِّدُهُ، أي: فلا يقيد الإذن بنوع من التجارة، وحينئذٍ يكون مأذونًا في جميع التجارات بالاتفاق، أمَّا لو قيَّد بنوع منها بأن يقول: أذنت لك في التجارة في الخز يكون مأذونًا أيضـًا عندنا في جميع أنواع التجارات، خلافًا للشافعي رحمه الله، فكان فائدة ذكر معنى المسألة بهذا النفي الخلاف بيننا وبين

وَوَجْهُهُ أَنَّ التِّجَارَةَ اسْمٌ عَامٌّ يَتَنَاوَلُ الجِنْسَ فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي مَا بَدَا لَهُ مِنْ أَنْوَاعِ الأَعْيَانِ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ التِّجَارَةِ.

(وَلَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَى بِالغَبْنِ اليَسِيرِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِتَعَذُّرِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ (وَكَذَا بِالفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا) هُمَا يَقُولَانِ إِنَّ البَيْعَ بِالفَاحِشِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ التَّبَرُّعِ، حَتَّى اُعْتُبِرَ مِنَ المَرِيضِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ الإِذْنُ كَالهِبَةِ.

الشافعي رحمه الله، لا أن يكون مأذونًا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها.

وقد ذكر في «الذخيرة»: إذا قال الرجل لعبده: أذنتُ لك في التجارة، يصير مأذونًا في التحارات كلها، وهذا بلا خلاف، وإنما الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما إذا أذن له في التجارة في نوع بأن قال: أذنت لك في التجارة في الخز، يصير مأذونًا في التجارات كلها عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله.

قوله: وَكَذَا بِالفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: يجوز بيع العبد المأذون وشراؤه بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله، سواء كان عليه دين أو لم يكن، ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وكذا الخلاف في المكاتب، والصبي، والمعتوه، بأن أذن له أبوه في التجارة، فيتصرف بما لا يتغابن الناس فيه، وطريقهما أن المحاباة الفاحشة بمنزلة الهبة في مال المولى، ألا ترى أن من لا يملك الهبة كالأب والوصي في مال الصغير لا يملك التصرف بالمحاباة الفاحشة.

قوله: حَتَّى اُعْتُبِرَ - ذلك - مِنَ المَرِيضِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ، كالهبة، ثم هؤلاء لا يملكون الهبة فكذلك لا يملكون التصرف بالمحاباة الفاحشة؛ وهذا لأنه ضد لما هو المقصود بالتجارة، فالمقصود بالتجارة الاسترباح دون إتلاف المال.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: انفكاك الحجر عنه بالإذن في وجوه التجارات كإنفكاك الحجر عنه بالعتق، والبلوغ عن عقل، وبعد ذلك هو يملك التصرف بالغبن الفاحش واليسير

وَلَهُ أَنَّهُ تِجَارَةٌ وَالعَبْدُ مُتَصَرِّفٌ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ فَصَارَ كَالحُرِّ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّبِيُّ المَأْذُونُ. (وَلَوْ حَابَى فِي مَرَضِ مَوْتِهِ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ

فكذلك بعد الإذن؛ وهذا لأن التصرف بالغبن الفاحش تجارة، فإن التجارة مبادلة مال بمال وهذا كذلك، ألا ترى أنه تجب الشفعة للشفيع في الكل، بخلاف الهبة فإنه ليس بتجارة، وبخلاف الأب والوصي؛ لأنه لم تثبت لهما الولاية في التجارة على مال الصغير مطلقاً، بل مقيدًا بشرط الأحسن والأصلح، ولا يبعد أن لا يصح التصرف من الأب والوصي، ثم يصح من الصبي بعد الإذن كالإقرار بالدين.

والبيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهزين، حيث يسامحون في تصرف لتحصيل مقصودهم من الربح في تصرفات آخر بعد ذلك، ثم إن كان يُعتبر في حق المريض من الثلث لعدم الرضا به من غرمائه وورثته، فذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير، يعني: أنه يصح من المأذون بالاتفاق، ومع ذلك أنه معتبر من الثلث في تصرف المريض.

ثم أبو حنيفة رحمه الله في تصرف الوكيل فرق بين المبيع والشراء في الغبن الفاحش، وفي تصرف المأذون سوَّى بينهما؛ لأن الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة، فكان الوكيل بالشراء مُتهماً في أنه كان اشتراه لنفسه، فلمَّا ظهر له الغبن أراد أن يُلزمه الآمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون؛ لأنه متصرف لنفسه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحدٍ، فكان البيع والشراء في حقه سواء، كذا في «المبسوط».

وجواب أبي حنيفة رحمه الله عن قولهم: بأن الغبن الفاحش تبرع، بوجه آخر، وهو أن يقول: إنه ليس بتبرع؛ لأنه يثبت في ضمن عقد التجارة، وما يثبت في ضمن شيءٍ كان له حكم ذلك الشيء.

قوله: وَلَوْ حَابَى - أي: العبد المأذون - فِي مَرَضِ مَوْتِهِ - أي: في مرض موت نفسه وهو العبد - يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، هذا إذا كان مولاه صحيحًا، أمَّا إذا كانت هذه المحاباة منه في مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيه، أو ما لا يتغابن الناس فيه جائزة في قول

وَإِنْ كَانَ فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّ الِاقْتِصَارَ فِي الحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَا فِي يَدِهِ يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدِّ جَمِيعَ المُحَابَاةِ

أبي حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى، سواءٌ كان ذلك في البيع أو في الشراء؛ لأن العبد بانفكاك الحجر عنه بالإذن صار مالكًا للمحاباة مطلقًا في قول أبي حنيفة رحمه الله، حتى لو باشره في صحة المولى كان ذلك صحيحًا منه، والمَوْلى حين استدام الإذن بعد مرضه جعل تصرف العبد بإذنه كتصرفه بنفسه، ولو باع المولى بنفسه وحابى يُعتبر ذلك من ثلث مال المحاباة، اليسيرة والفاحشة في ذلك سواءٌ، فكذلك إذا باشره العبد.

وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك، فأما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطل، وإن كان يُخرج من ثلث مال المولى؛ لأن العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة بالإذن له في التجارة، حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلًا، وإن كان على المَوْلى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده، ولا مال له غيره فحابى في مرض المولى لم تجز محاباة العبد بشيءٍ؛ لأن مباشرته كمباشرة المولى، وقيل للمشتري: إن شئتَ فانقض البيع، وإن شئتَ فأدِّ المحاباة كلها؛ لأنه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو فيتخير لذلك.

وإن لم يكن على المولى دين، وكان على العبد دين يحيطُ برقبته وبجميع ما في يده، فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى؛ لأن حكم الإذن لم يتغير بلحوق الدين إيَّاه، والمحاباة وإن جازت على الغرماء فإنما هي من مال المولى، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ كَانَ فَمِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ، أي: وإن كان على العبد المأذون دين فمحاباته في تصرفه يُعتبر من جميع ما بقي من الدين.

وذكر في «المبسوط»: وإذا حابا العبد في مرضه ولا دين عليه ثم ماتَ فالمحاباه جائزة، وإن كان عليه دين بقي ماله بالدين، أو لم يف ماله بالدين لم تجز المحاباة؛ لأن كسبه حق لغرمائه ولم يوجد منهم الرضا بتصرفه ومحاباته، فهو في حقهم بمنزلة الحر المريض.

قوله: لِأَنَّ الِاقْتِصَارَ فِي الحُرِّ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَلَا وَارِثَ لِلْعَبْدِ، فإن قلتَ: هذا

وَإِلَّا فَارْدُدِ البَيْعَ كَمَا فِي الحُرِّ. (وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ)؛ لِأَنَّهُ تِجَارَةٌ. (وَلَهُ أَنْ يُوَكِّلَ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)؛ لِأَنَّهُ قَدْ لا يَتَفَرَّغُ بِنَفْسِهِ.

قَالَ: (وَيَرْهَنُ وَيُرْتَهَنُ)؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَإِنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ (وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الأَرْضَ وَيَسْتَأْجِرَ الأُجَرَاءَ وَالبُيُوتَ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ.

التعليل ينتقض في إقرار العبد المأذون المريض، فإنه ملحق بالحر في إقراره بالدين، حتى إذا كان عليه دين في الصحة وأقرَّ بدين في حال مرضه بُدِيَ بدين الصحة، كما في حق الحر المريض إذا أقرَّ بدين أو عين، مع أن الحر والعبد يفترقان في حق الدين أيضـًا؛ وذلك لأن الحكم في حق الحر يتغيَّر بمرضه من حيث تعلق حق الغرماء والورثة بماله، وذلك لا يوجد في حق العبد، فإن الدين الذي في صحته كان مُتعلقًا بكسبه ومالية رقبته قبل مرضه فكذلك بعد مرضه، فينبغي أن يُسوَّى بين ما أقرَّ به في الصحة وبين ما أقرَّ به في المرض كما في المحاباة.

قلتُ: ذكر مثل هذه الشبهة في «المبسوط» ثم قال: قلنا: نعم كذلك، ولكن انفكاك الحجر بالإذن فرع انفكاك الحجر عنه بالعتق، والفرع يلتحق بالأصل في حكمه وإن لم توجد فيه علته؛ لأنه تبعٌ، وثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل، ولكن يرد على هذا مسألة المحاباة، حيث لم يثبت الحكم هناك على وفاق التبعية، بل استوى حكم المحاباة في صحة العبد ومرضه في الجواز بخلاف الحر؛ وإنما كان هكذا لأنه إذا حابى العبد في مرضه ولا دين عليه ثمَّ ماتَ فالمحاباة جائزة؛ لأن كسبه لمولاه والمولى راضٍ بتصرفه وهو الذي سلَّطه على هذه المحاباة، بخلاف الحر فإن ماله لورثته بعد موته ولم يوجد منهم الرضا بمحاباته، فكان معتبَرًا من ثلث ماله.

قوله: وَلَهُ أَنْ يُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ، أي: وللمأذون أن يجعل نفسه ربَّ السلم والمسلم إليه.

قوله: وَيَمْلِكُ أَنْ يَتَقَبَّلَ الأَرْضَ، يعنِي: (زمين را بقباله گيرد)، أي: يستأجر الأرض، وفي «المغرب»: وقَبالة الأرض أن يتقبَّلها إنسان فيتقبلها الإمام، أي: يعطيها إيَّاه مزارعةً أو مساقاةً.

(وَيَأْخُذُ الأَرْضَ مُزَارَعَةً)؛ لِأَنَّ فِيهِ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ (وَيَشْتَرِي طَعَامًا فَيَزْرَعُهُ فِي أَرْضِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الرِّبْحَ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلَامُ - «الزَّارِعُ يُتَاجِرُ رَبَّهُ» (وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَيَدْفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَيَأْخُذُهَا)؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ

قوله: وَيَأْخُذُ الأَرْضَ مُزَارَعَةً؛ لأنه إن كان البَذْر من قِبَله فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج، وإنه أنفع من الاستئجار بالدراهم، فإن هناك يلزمه الأجر وإن لم يحصل له الخارج، وهاهنا لا يلزمه شيء إذا لم يحصل له الخارج، فلمّا ملك استئجار الأرض بالدراهم فهذا أوْلَى، وإن كان البذر من قِبَل رب الأرض فهو آجر نفسه من رب الأرض لعمل الزراعة ببعض الخارج، ولو آجر نفسه بالدراهم يجوز، فكذلك إذا آجر نفسه ببعض الخارج.

وله أن يدفع الأراضي مزارعة؛ لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر للعامل ببعض الخارج حتى يعمل في أرضه، وإن كان البذر من قبل العامل فهو مؤاجر أرضه من العامل ببعض الخارج، وكل ذلك جائز منه بالدراهم فكذا ببعض الخارج، كذا في «الذخيرة».

وليس له أن يدفع طعامًا إلى رجل ليزرعه ذلك الرجل في أرضه بالنصف، قال: لأنه يصير قرضًا، وليس للمأذون أن يُقرض فإن القرض تبرع، قال بعض مشايخنا: وهذا التعليل غلط، وإنما الصحيح من التعليل أن هذا دفع البذر مزارعةً، ودفع البذر مزارعة وحده لا يجوز؛ لأن صاحب البذر مستأجر الأرض، وشرط الإجارة التخلية بين المستأجر وبين ما استأجر، وذلك ينعدم إذا كان العامل صاحب الأرض، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ، وإنما قيَّد بالعنان؛ لأنه ليس له أن يشارك غيره شركة مفاوضة؛ لأن شركة المفاوضة مبنية على الوكالة والكفالة، والوكالة وإن كانت داخلة تحت الإذن فالكفالة غير داخلة تحت الإذن، فباعتبار الكفالة لا تدخل شركة المفاوضة تحت الإذن، إلا أن المفاوضة تحت الإذن وإن كانت لا تصح مفاوضة تصح عنانًا؛ لأن في المفاوضة عنانًا وزيادةً، فتصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة، ثم شركة العنان إنما تصح منه إذا اشترك الشريكان مطلقًا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة.

(وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا) خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ وَهُوَ يَقُولُ: لا يَمْلِكُ العَقْدَ عَلَى نَفْسِهِ فَكَذَا عَلَى مَنَافِعِهَا؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لَهَا. وَلَنَا أَنَّ نَفْسَهُ رَأْسُ مَالِهِ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ الإِذْنِ كَالبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَنْحَجِرُ بِهِ، وَالرَّهْنُ؛ لِأَنَّهُ يُحْبَسُ بِهِ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ المَوْلَى. أَمَّا الإِجَارَةُ فَلَا يَنْحَجِرُ بِهِ وَيَحْصُلُ بِهِ المَقْصُودُ وَهُوَ الرِّبْحُ فَيَمْلِكُهُ.

أمَّا لو اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز في ذلك النسيئة وجاز النقد؛ لأن في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة، أمَّا ليس في النقد معنى الكفالة عن صاحبه فيصح بقدر ما يملك لا بقدر ما لا يملك، كما لو شارك شركة مفاوضة صح عناناً لذلك، ولو أذن لهما الموليان في الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فهو جائز، كما لو أذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة أو التوكيل بالشراء بالنسيئة، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة»، غير أنه ذكر في «الذخيرة»: وإذا إذن له المولى بشركة المفاوضة لا تجوز المفاوضة منه؛ لأن إذن المَوْلَى بالكفالة لا تجوز في التجارات.

قوله: وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، أي: خلافـاً له في أحد قوليه، فإنه يقول في أحد قوليه: ليس له أن يؤاجر نفسه، وله أن يؤاجر كسبه؛ لأن عنده المأذون نائب عن المولى في التصرف، وهو إنما جعله نائبًا في التصرف في كسبه ومنافعُ يديه ليس من كسبه، فتصرفه فيه بعد الإذن كما قبله، والدليل عليه أن رقبته ليست من كسبه، بدليل أنه لا يملك بيعها ولا رهنها بدين عليه، وما ليس من كسبه فهو لا يملك التصرف فيه بالإجارة.

وأمَّا عندنا الإذن فكُّ الحجر عن المأذون بمنزلة الكتابة، وللمكاتب أن يؤاجر نفسه فكذلك للمأذون.

ولا يقال: الكتابة يتعلق بها اللزوم والإذن لا؛ لأنَّا نقول: إن محل التصرف لا يختلف بكونه لازمًا أو غير لازم كالبيع مع الهبة، فإن محل التصرفين واحد وهو العين، وإن كان

قَالَ: (فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِهِ فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لا يَكُونُ مَأْذُونًا إِلَّا فِي ذَلِكَ النَّوْعِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا نَهَاهُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي نَوْعٍ آخَرَ. لَهُمَا أَنَّ الإِذْنَ تَوْكِيلٌ وَإِنَابَةٌ مِنَ المَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَسْتَفِيدُ الوِلَايَةَ

أحدهما يلزم والآخر لا يلزم، ونحن إنما شبَّهنا الإذن بالكتابة من حيث أنه فك للحجر، ثم انفكاك الحجر يُثبت له اليد على منافعه فيملك الاعتياض عنها كما يملكه المكاتب، ولمَّا كان للمأذون أن يُعين غيره بمنافعه فلأن يكون له أن يؤاجر نفسه أَوْلَى؛ لأن الإجارة أقرب إلى مقصود المولى من الإعارة، ثم إجارة النفس نوع تجارة؛ لأن رؤوس التُّجار وهم الباعة يؤاجرون أنفسهم للعمل؛ وإنما لا يبيع لأن حكمه ضد حكم الإذن، فإن بيع الرقبة إذا صحَّ أَوْجَب الحجر عليه كما لو باعه المولى، وكذلك لا يرهن نفسه؛ لأنه يُحبس عن التصرف فإن المرتهن يمنعه من التصرف، ولا يستفاد بالشيء ما هو ضد موجبه، فأمَّا إجارة النفس لا توجب الحجر عليه، بدليل أنه لو أجره المولى لا يصير محجورًا عليه، فلهذا يملك أن يؤاجر نفسه كما يملك أن يؤاجر كسبه، كذا ذكره في الباب الأول من مأذون «المبسوط».

قوله: فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ مِنْهَا دُونَ غَيْرِهِ فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي جَمِيعِهَا، وسواء نهى عن غير ذلك النوع صريحًا أو سكت عنه يكون مأذونـًا في جميع التجارات، لأنه قال في «الإيضاح»: لو أذن له في شراء البر وقال له: لا تشتر غيره فهذا إذن له في جميع التجارات.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا يَكُونُ مَأْذُونًا، وفي رواية أخرى عن زفر رحمه الله أنه قال: إن سكت عن النهي عن سائر الأنواع بأن قال له: اعمل في البُرِّ فهو مأذون له في التجارات كلها، فإن صرَّح بالنهي عن التصرف في سائر الأنواع فليس له أن يتصرف إلا في النوع الذي أذن له فيه خاصة.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا نَهَاهُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي نَوْعٍ آخَرَ، يعني: أن عندنا لمَّا أذن في نوع كان مأذونـًا في أنواع التجارة كلها، وإن صرَّح بالنهي عن غيره كما ذكرنا من رواية «الإيضاح»، وعندهما ينحصر الإذن في ذلك النوع الذي أذن له فيه.

مِنْ جِهَتِهِ وَيَثْبُتُ الحُكْمُ وَهُوَ المِلْكُ لَهُ دُونَ العَبْدِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ حَجْرَهُ فَيَتَخَصَّصُ بِمَا خَصَّهُ بِهِ كَالمُضَارِبِ. وَلَنَا أَنَّهُ إِسْقَاطُ الحَقِّ وَفَكُّ الحَجْرِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعِنْدَ ذَلِكَ تَظْهَرُ مَالِكِيَّةُ العَبْدِ فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى ما ذكر في أول كتاب المأذون **بقوله:** وَفِي الشَّرْعِ: فَكُّ الحَجْرِ وَإِسْقَاطُ الحَقِّ.

قوله: فَلَا يَتَخَصَّصُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ، أي: وإن خص نوعًا واحدًا، أو نهى عن سائر الأنواع صريحًا فلا يتخصص، بل يعم في التجارات كلها على ما ذكرنا.

وكذلك في «المبسوط» وقال: ثم فك الحجر عنه بسبب الكتابة والإذن بمنزلة الفك التَّام الذي يحصل بالعتق، وذلك لا يختص بنوع دون نوع، سواءٌ أطلق أو صرَّح بالنهي عن سائر الأنواع؛ لأن هذا التقييد تصرفٌ في غير ملكه، فكذلك هنا.

فإن قلتَ: ما الفرق بين الإذن في التجارة وبين الإذن في النكاح، ففي النكاح لو أذن له في أن يتزوج امرأة بعينها لم يملك العبد أن يتزوج غيرها، بل يتخصص الإذن بها، ولا يتخصص الإذن في التجارة بالنوع الذي خصَّه على ما ذكرنا، مع أن الإذن في النكاح يقتضي أن يكون عبارة عن فك الحجر وإسقاط الحق أيضـًا، كما في الإذن في التجارة بل بالطريق الأولى؛ لأن العبد يملك النكاح، ولهذا يملك الطلاق بدون إذن المولى ولا يملك المال أصلًا، فكان القول بأنه يتصرف في النكاح بعد الإذن في النكاح بأهلية نفسه أَوْلَى من القول بأنه يتصرفُ في التجارة بعد الإذن فيها بأهلية نفسه، ولمَّا كان كذلك وجبَ أن يعم الإذن في النكاح أيضـًا، ولا يتخصص بامرأة بعينها لانفكاك الحجر عند الإذن فيه.

قلتُ: لا كذلك، فإن النكاح تصرف مملوك للمولى عليه؛ لأن النكاح لا يجوز إلا بولي، أمَّا بولاية نفسه، أو بولاية غيره عليه، والرقُّ يخرجه من أن يكون أهلًا للولاية على نفسه، فكان نائبًا عن المولى في النكاح، ولهذا قلنا: إن المولى يجبره على النكاح، فأمَّا هذا التصرف غير مملوك للمولى عليه، أي: لا يملك المولى البيع أو الشراء عليه بدون اختياره،

يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ غَيْرِهِ فَيَثْبُتُ لَهُ الوِلَايَةُ مِنْ جِهَتِهِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلْكُ وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ حَتَّى كَانَ لَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ وَالنَّفَقَةِ، وَمَا اسْتَغْنَى عَنْهُ يَخْلُفُهُ المَالِكُ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ بِمَأْذُونٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِخْدَامٌ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ لِلْكِسْوَةِ أَوْ طَعَامٍ رِزْقًا لِأَهْلِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَارَ مَأْذُونًا يَنْسَدُّ

ويملك النكاح عليه بدون اختياره، ولمَّا كان كذلك كان الإذن في التجارة من المولى إسقاطًا لحقه لا إنابة للعبد منابه في التصرف، وقد بيَّنا أنه مع الرق أهل للحكم الأصلي وهو ملك اليد، فكان مالكًا للمال فيما هو الأصل فيه، وأن ما وراء ذلك من العين يثبت للمولى على سبيل الخلافة عنه، فكان الإذن في التجارة عبارة عن فك الحجر وإسقاط الحق لا إنابة، والإذن في النكاح كان إنابة، فلذلك لا يعم فيه؛ لأن تصرف النائب على قدر إنابة الأصل، وعن هذا افترقا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وقوله: وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ وَهُوَ المِلْكُ وَاقِعٌ لِلْعَبْدِ، جوابٌ عن قولهما: ويثبت الحكم للمولى.

قوله: وَمَعْنَاهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ لِلْكِسْوَةِ، وبالتقييد بقوله: لِلْكِسْوَةِ، يُعلم أن مقصود المولى من التصرف ليس بعقود متكررة، وكذلك لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونًا، والحاصل أن الإذن بالتصرف في بعض الصور يُعتبر إذنًا في التجارة، وفي بعض الصور لا يُعتبر إذنًا في التجارة بل يعتبر استخدامًا للضرورة؛ لأنَّا لو اعتبرناه إذنًا في التجارة في جميع الصور لضاقَ الأمر على الناس، فإنَّهم يمتنعون عن استخدام العبيد في شراء الأشياء التي يحتاجون إلى استعمال العبيد في شرائها، فإن كلَّ من عَلِمَ أنه لو أذن لمملوكه في شراء جَمْدٍ أو بقل بفلس أو ما أشبه ذلك يصير مأذونًا في التجارة، فبعد ذلك يصح إقراره على نفسه بديون التجارة حيث تُتوى بذلك رقبته، وكسبه يمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيُفوِّت عليهم مقاصدهم في الاستخدام، فلهذه الضرورة جعلنا الإذن بالتصرف في بعض الصور إذنًا في التجارة، وفي بعضها جعلناه استخدامًا.

عَلَيْهِ بَابُ الِاسْتِخْدَامِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ الغَلَّةَ كُلَّ شَهْرٍ كَذَا، أَوْ قَالَ أَدِّ إِلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ مِنْهُ المَالَ وَلا يَحْصُلُ إِلَّا بِالكَسْبِ، أَوْ قَالَ لَهُ اُقْعُدْ صَبَّاغًا أَوْ قَصَّارًا؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ بِشِرَاءِ مَا لا بُدَّ لَهُ مِنْهُ وَهُوَ نَوْعٌ فَيَصِيرُ مَأْذُونًا فِي الأَنْوَاعِ.

والفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقودٍ متكررةٍ مرَّة بعد أخرى يُعلم أن مراده الربح، يجعل ذلك إذنًا في التجارة كما إذا قال: اشتر لي ثوبًا وبعه؛ لأنه أمره بعقود متكررة، وكذلك لو قال: بع ثوبي هذا واشتر بثمنه كذا، يصير مأذونـًا في التجارة، وإذا أذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك إذنـًا في التجارة، بل يُعتبر استخدامًا كما إذا قال: اشتر لي ثوبًا للكسوة؛ لأنه أمره بعقد واحد فلا يكون هذا إذنًا في التجارة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

وعن هذا الأصل قلنا: إذا قال لعبده: اذهب إلى فلان وآجر نفسك منه في عمل كذا، لا يصير مأذونـًا له في التجارة؛ لأنه أمره بعقد واحد، ولو قال: آجر نفسك من الناس في عمل كذا، يصير مأذونًا في التجارة؛ لأنه أمره بعقود متكررة، وكذلك إذا قال: اقعد قصَّارًا، أو صباغـًا، أو خياطـًا، يصير مأذونـًا في التجارة؛ لأنه لم يُعيِّن من يعامل معه فيكون أمرًا بالمعاملة مع الناس، فيكون أمرًا بعقود متكررة، كذا في «الذخيرة».

فإن قلتَ: يشكل على هذا الأصل ما إذا غصب العبد متاعًا من رجل وأمره مولاه ببيعه، فإنه يكون إذنًا له في التجارة، وكان ينبغي على هذا الأصل أن لا يكون إذنًا له في التجارة؛ لأنه أمره بعقدٍ واحدٍ، كما لو أمره ببيع ثوبه بعينه لا يكون مأذونـًا بهذا.

قلتُ: إن الأمر بعقد واحد إنما لا يجعل إذنًا إذا أمكن أن يجعل استخدامًا، وفي مسألة الغصب لا يمكن جعله استخدامًا لا للمولى وهذا ظاهر؛ لأنه ليس له ولاية الأمر بالبيع؛ لأنه ليس بملك له، ولا استخدامًا لصاحب المتاع؛ لأنه لم يعمل له، فلمَّا لم يمكن جعله استخدامًا وهو إذن بصريحه في التجارة، كان منه إذنـًا في التجارة كذلك، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الذخيرة».

قوله: أَوْ قَالَ أَدِّ إِلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ، أو قال: إذا أديتَ ألفًا فأنت حرٌّ؛ لأن هذا تحريض

قَالَ: (وَإِقْرَارُ المَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ جَائِزٌ وَكَذَا بِالوَدَائِعِ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ، إِذْ لَوْ لَمْ يَصِحَّ لَاجْتَنَبَ النَّاسُ مُبَايَعَتَهُ وَمُعَامَلَتَهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا

على الاكتساب بما أطعمه في العتق، وقوله: أَدِّ إِلَيَّ أَلْفًا وَأَنْتَ حُرٌّ، بمنزلة قوله: إن أديتَ فأنت حرٌّ؛ لأن جواب الأمر بالواو يكون كجواب الشرط بالفاء، فأمَّا إذا قال: أدِّ فأنت حرٌّ، يعتق في الحال، ولو دفع إلى عبده راويةً وحمارًا وقال: استق على هذا الحمار وبعه، كان إذنًا في التجارة؛ لأنه لم يأمره بالبيع من شخص بعينه فكان أمرًا بالبيع من الناس، فكان أمرًا بعقود متفرقة، كذا في «الإيضاح»، و«الذخيرة».

قوله: وَإِقْرَارُ المَأْذُونِ بِالدُّيُونِ وَالغُصُوبِ جَائِزٌ؛ لأن الإقرار بالغصب إقرار بالمفاوضة عندنا، وإقرار بعقد المفاوضة جائز.

وذكر في «المبسوط»: وإذا أقرَّ المأذون بالدين من غصب أو غيره لزمه، صدَّقه المولى أو لم يصدقه؛ لأن الغصب يوجب الملك في المضمون عند أداء الضمان، فالضمان الواجب به من جنس التجارة وإقرار المأذون بمثله صحيح، ولهذا لو أقرَّ أحد المتفاوضين كان شريكه مطالبًا به، وكذلك لو أقرَّ أنه اشترى جارية فوطئها فوجوب العُقر هنا باعتبار الشراء لولاه لكان الحد واجبًا، وكذلك لو غصب جارية بكرًا فافتضها رجل في يده ثم هربَ كان لمولاها أن يأخذ العبد بعُقرها؛ لأن الفائت بالافتضاض جزء من ماليتها، وهي مضمونة على العبد بجميع أجزائها، فإذا فاتَ جزء منها في ضمانه كان عليه بدل ذلك الجزء، وهو مُؤاخذ به في الحال؛ لأنه ضمان غصب والعبد مؤاخذ بضمان الغصب في الحال مأذونـًا كان أو محجورًا؛ ولأن هذا من جنس ضمان التجارة.

ولو أقرَّ العبد أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاها فافتضها لم يُصدَّق؛ لأنه ليس من التجارة، فإن وجوب العقر هنا باعتبار نكاح لولاه لكان عليه الحد، والنكاح ليس بتجارة، ولهذا لو أقرَّ به أحد المتفاوِضَين لم يلزم شريكه، فإن صدَّقه مولاه بُدِئَ بدين الغرماء؛ لأن تصديق المولى في حق الغرماء ليس بحجة فوجوده كعدمه، فإن بقي شيء منه أخذه مولى الجارية من عقرها؛ لأنه لو كان هذا السبب معاينـًا كان لمولى الجارية أن يأخذ

كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ إِذَا كَانَ الإِقْرَارُ فِي صِحَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحَّةِ كَمَا فِي الحُرِّ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِمَا يَجِبُ مِنَ المَالِ لا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ؛ لِأَنَّهُ كَالمَحْجُورِ فِي حَقِّهِ. قَالَ: (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ.

قَالَ: (وَلا يُزَوِّجُ مَمَالِيكَهُ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُزَوِّجُ الأَمَةَ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلُ المَالِ بِمَنَافِعِهَا فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهَا. وَلَهُمَا أَنَّ الإِذْنَ يَتَضَمَّنُ التِّجَارَةَ وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ،

عُقْرها من كسبه في الحال، فكذلك إذا ثبتَ بتصادقهما، كذا في مأذون «المبسوط».

قوله: ، فَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِهِ - أي: فإن كان الإقرار في مرضه - يُقَدَّمُ دَيْنُ الصِّحَّةِ كَمَا فِي الحُرِّ، وقد ذكرنا الشبهة الواردة على هذه المسألة في مسألة: ما لو حابى المأذون في مرض موته يُعتبر من جميع المال، قُبيل هذا، وذكرنا جوابها هناك أيضًا.

قوله: بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِمَا يَجِبُ مِنَ المَالِ لا بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، أي: لا يصدق به، كما لو أقرَّ أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاها فافتضها لم يصدق؛ لأنه ليس من التجارة على ما ذكرنا من «المبسوط»، والإقرار بضمان الجناية على إنسان، والإقرار بالمهر من قبيل الإقرار بضمان ما ليس بتجارة؛ لأنه ذكر في «الإيضاح» من كتاب المأذون، في باب الدين الذي يلحق المأذون:

ولو أقرَّ العبد بجناية على عبد، أو حر، أو مهر، وجب عليه بنكاح جائز، أو فاسد، أو شبهة، فإقراره باطل، ولا يؤاخذ به حتى يُعتق؛ لأن فك الحجر إنما ظهر في حق التجارة، وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة، فصار إقراره وإقرار المحجور سواءً، فإن صدَّقه المولى جاز ذلك عليه ولم يجز على الغرماء؛ لأن الإقرار حُجة قاصرة فلا يتعدَّى إلى الغرماء، فإن قامت بينة بأن المولى أذن له في النكاح وقد تزوج فعليه المهر تحاصّ المرأةُ في ذلك الغرماء؛ لأن الإذن في النكاح صحيحٌ ومن ضرورة النكاح وجوب المهر، وكان تعلقه بالرقبة لضرورة أمر لا مردَّ له فصار بمنزلة دين الاستهلاك، فأمَّا إذا أقرَّ بوطء أمته بنكاح فإقراره باطل حتى

وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ العَبْدِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّبِيِّ المَأْذُونِ وَالمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ شَرِكَةَ عِنَانٍ وَالأَبِ وَالوَصِيِّ.

قَالَ: (وَلَا يُكَاتِبُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَالبَدَلُ فِيهِ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً.

يعتق؛ لأنه لا يملك الإقرار بالنكاح؛ لأن الإذن لم يتناوله فصار كالمحجور.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ، إلى **قوله**: وَالأَبِ وَالوَصِيِّ، ففي هذه الرواية نظر؛ لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب: أن لهما أن يُزوجا أمة الصغير بلا خلاف، حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وللمكاتب أن يزوج أمته؛ لأنه اكتساب لاستفادته المهر، وما ذكره في المكاتب أصح؛ لأنه موافق لعامة الروايات من رواية «المبسوط»، و«التتمة»، و«مختصر الكافي»، و«أحكام الصغار».

وذكر في باب نكاح العبد من نكاح «المبسوط» فقال: وإذا زوَّج الأب أمة ابنه وهو صغير فذلك جائز، وكذلك الوصي إذا زوج أمة اليتيم، وكذلك المكاتب إذا زوج أمته، وكذلك المفاوض إذا زوج أمةً من الشركة؛ لأن تزويج الأمة من عقود الاكتساب، فإنه يكتسب به المهر وتسقط به نفقتها عنه، وهؤلاء الأربعة يملكون الاكتساب.

وذكر في نكاح «التتمة» ووصاياها: الأب والوصي يملكان تزويج أمة الصغير، ولا يملكان تزويج عبده، وهل يملكان تزويج أمته من عبده؟ في القياس نعم، وفي الاستحسان لا، إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

قوله: وَلَا يُكَاتِبُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، - أي: لأن عقد الكتابة ليس بتجارة - إِذْ هِيَ - أي: التجارة - مُبَادَلَةُ المَالِ بِالمَالِ، وَالبَدَلُ فِيهِ - أي: في عقد الكتابة - مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ - وفك الحجر ليس بمال - فَلَمْ يَكُنْ تِجَارَةً، فلا يتناوله الإذن؛ ولأن الكتابة أقوى من الإذن؛ لأن الكتابة توجب حرية اليد للحال وحرية الرقبة في الثاني، والإذن لا يوجب شيئاً من ذلك، والشيء لا يتضمن ما هو أعلى منه كما أن الكتابة لا تتضمن الإعتاق؛ لأن الإعتاق أعلى منها.

(إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْمَوْلَى وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى قَدْ مَلَكَهُ وَيَصِيرُ الْعَبْدُ نَائِبًا عَنْهُ وَتَرْجِعُ الْحُقُوقُ إِلَى الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي الْكِتَابَةِ سَفِيرٌ.

قوله: إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْمَوْلَى، فحينئذٍ يجوز، يعنِي إذا كاتب العبدُ المأذونُ العبدَ الذي اشتراه بغير إذن المولى ثم أجاز المولى كتابته جاز إذا لم يكن عليه دين؛ لأن هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة، فتكون الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء.

وبيانه: أن كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة، ثم لا سبيل للعبد على قبض البدل بل ذلك إلى المولى؛ لأن العبد نائب عنه كالوكيل، فكان قبض البدل إلى من نفَّذ العقد من جهته، فإن دفعه المكاتب إلى العبد لم يبرأ إلا أن يوكله المولى بقبضه؛ لأن العبد في حكم قبض بدل الكتابة كأجنبي آخر، وكذلك إن لحقه دين بعد إجازة المولى الكتابة، يعنِي: تنفذ الكتابة؛ لأن بإجازته صار المملوك مكاتبًا له وخرج من أن يكون كسبًا لعبده، فالدين الذي يلحق العبد بعد ذلك لا يتعلق برقبته ولا بكسبه، كما لو أخذه المولى من يده فكاتبه أو لم يكاتبه.

وقوله: وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ؛ لأنه لو كان عليه دين كثير أو قليل فمكاتبته باطلة وإن أجازه المولى؛ لأن المولى بالإجازة يُخرج المكاتب من أن يكون كسبًا للعبد، وقيام الدين عليه يمنع المَوْلى من ذلك قلَّ الدين أو كثر، كما لو أخذه من يده وعليه دين، وإذا لم يكن على العبد دين فكاتب عبده فادَّعى المكاتبَ جميع المكاتبة قبل إجازة المولى لم يعتق؛ لأن ما أخذ كسب رقيقه، والمكاتبة غير نافذة، وإن كان المولى أجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط بماله، فهذا والأول سواء في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المولى لا يملكه فلا تنفذ إجازته.

وأما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن لقيمته للغرماء، والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستفونها لدينهم؛ لأن ما أدَّى قبل الإجازة تعلق به حق الغرماء، والمولى بالإجازة يصير كأنه ابتدأ فيضمن القيمة، وإن لم يكن عليه دين محيط عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَى المَوْلَى؛ وهي مطالبة بدل الكتابة، وولاية الفسخ عند

قَالَ: (وَلا يُعْتِقُ عَلَى مَالٍ)؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الكِتَابَةَ فَالإِعْتَاقُ أَوْلَى (وَلا يُقْرِضُ)؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ كَالهِبَةِ. (وَلا يَهَبُ بِعِوَضٍ وَلا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَكَذَا لا يَتَصَدَّقُ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ بِصَرِيحِهِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوِ ابْتِدَاءً فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ اليَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ

العجز، وثبوت الولاء بعد العتق.

قوله: وَلا يُعْتِقُ عَلَى مَالٍ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ الكِتَابَةَ، مع أن المكاتب عبده ما بقي عليه درهم، فأَوْلَى أن لا يملك الإعتاق على مال؛ لأنه إعتاقٌ في الحال، وهذا إذا لم يُجز المولى، أمَّا إذا أجاز المولى عِتقه ولا دين عليه جاز؛ لأنه يملك إنشاء العتق فيملك الإجازة، وقبض المولى إلى المولى دون العبد، وأمَّا لو كان عليه دين فأجاز المولى العتق جاز وضمن قيمة العبد لغرماء المأذون، وهذا على قولهما؛ لأن المولى لو أنشأ العتق جاز وضمن القيمة، فكذا إذا أجاز، ولا سبيلَ للغرماء على العوض بخلاف الكتابة؛ لأن ما يُؤديه كسب الحر، وحق الغرماء غير متعلق بكسب الحر، فأمَّا بدل الكتابة يؤدَّى في حال الرق فيتعلق به حق الغرماء، كذا في «الإيضاح».

المُجَاهِزِ: عند العامة الغنِي من التجار، وكأنه أريد المجهِّز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز، وهو فاخر المتاع أو يسافر به، فحُرِّف إلى المجاهز، كذا في «المغرب».

وقوله: إِلَّا أَنْ يُهْدِيَ اليَسِيرَ مِنَ الطَّعَامِ أَوْ يُضَيِّفَ مَنْ يُطْعِمُهُ، أي: أو يتخذ الضيافة اليسيرة، فلا بد هاهنا من الفرق بين الهدية والضيافة اليسيرة من العظيمة.

وذكر في «الذخيرة»: وله أن يتخذ الضيافة اليسيرة، وليس له أن يتخذ الضيافة العظيمة، والقياس أن لا يتخذ الضيافة يسيرةً كانت أو عظيمةً؛ لأنَّها تبرع، إلا أنا استحسنَّا في اليسيرة؛ لأنَّها من صنيع التجار، ولا يجدون بدًا منها حتى يميل قلب الناس إليه فتكثر معاملته معهم، فأمَّا العظيمة فليست من صنيع التجار ويجدون بدًّا منها، فيُعمل فيها بالقياس.

ثم لا بدَّ من حد فاصل بين العظيمة واليسيرة، رُوي عن محمد بن سلمة رحمه الله أنه

التِّجَارَةِ اسْتِجْلَابًا لِقُلُوبِ المُجَاهِزِينَ، بِخِلَافِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِذْنَ لَهُ أَصْلًا فَكَيْفَ يَثْبُتُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ إِذَا أَعْطَاهُ المَوْلَى قُوتَ يَوْمِهِ فَدَعَا بَعْضَ رُفَقَائِهِ عَلَى ذَلِكَ الطَّعَامِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْطَاهُ قُوتَ شَهْرٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَكَلُوهُ قَبْلَ الشَّهْرِ يَتَضَرَّرُ بِهِ المَوْلَى. قَالُوا: وَلَا بَأْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا بِالشَّيْءِ اليَسِيرِ كَالرَّغِيفِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مَمْنُوعٍ عَنْهُ فِي العَادَةِ.

قال: ذلك على مقدار مال تجارته، إن كان مال تجارته مثلًا عشرة آلاف درهم، فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرًا، وإن كان مال تجارته عشرةً مثلًا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرًا عرفًا، هذا هو الكلام في الضيافة.

وأمَّا الكلام في الهدية فنقول: العبد المأذون يملك الإهداء بالمأكولات، ولا يملك الإهداء بما سواها من الدراهم والدنانير؛ وهذا لأن قضية القياس أن لا يملك الإهداء بشيءٍ؛ لأنه تبرع واصطناع بالمعروف، ولكن تركنا القياس بالعرف وعادة التجار، وعرف التجار بالإهداء بالمأكولات، وردَّ ما سواه إلى القياس، قال مشايخنا: وإنما يملك الإهداء بالمأكولات بمقدار ما يتخذ الدعوة من المأكولات فيعودُ الكلام إلى الدعوة، وقد ذكرنا أن اتخاذ الدعوة اليسيرة يجوز، واتخاذ الدعوة العظيمة لا يجوز.

وفي «الأصل»: لو وهبَ هبةً وكانت الهبة شيئًا سوى الطعام، وقد بلغت قيمته درهمًا فصاعدًا فإنه لا يجوز، ثم قال: وإن أجاز المولى هِبته إن لم يكن عليه دين تُعمل إجازته، وإن كان عليه دين ولا يملك التصدق بالفلس وبالرغيف وبالفضة بما دون الدرهم؛ لأن التصدق بهذا من صنيع التجار، والمرأة في بيت زوجها والأمة في بيت مولاها تطعم وتتصدق بالمطعوم على الرسم والعادة، وإن لم يأذن لهما الزوج والمولى بذلك صريحًا اعتبارًا للعرف والعادة.

فإن قيل: أليس روى أبو أمامة رضي الله عنه قال صلَّى الله عليه وسلَّم عام حجة الوداع في خطبته: «ولا تخرج المرأة من بيت زوجها بغير إذنه، قيل له: والطعام؟ فقال عليه الصلاة

قَالَ: (وَلَهُ أَنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِالعَيْبِ مِثْلَ مَا يَحُطُّ التُّجَّارُ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَرُبَّمَا يَكُونُ الحَطُّ أَنْظَرَ لَهُ مِنْ قَبُولِ المَعِيبِ ابْتِدَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَطَّ مِنْ غَيْرِ عَيْبٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ بَعْدَ تَمَامِ العَقْدِ فَلَيْسَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَلَا كَذَلِكَ المُحَابَاةُ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَهُ أَنْ يُؤَجِّلَ فِي دَيْنٍ وَجَبَ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ عَادَةِ التِّجَارَةِ.

قَالَ: (وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ المَوْلَى) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ:

والسلام: الطعام أفضل أموالكم»؟

قلنا: أراد به الطعام المدَّخر كالحنطة ودقيقها، فأمَّا غير المدَّخر فإنها تتصدق به على الرسم والعادة، ويكون ذلك بإذن الزوج عرفًا وإن لم يكن بإذنه صريحًا.

وذكر في «المغني»: والأب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملك العبد المأذون، من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة.

قوله: وَدُيُونُهُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ، أي: يبيعه القاضي بدينهم.

فإن قلتَ: كيف هذا الإطلاق على قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن على أصله أن الحر العاقل لا يحجر بسبب الدين، حتى لا يبيع القاضي ماله بدون رضاه بسبب الدين، فإن ذلك حجر عليه، ولم يقيد في الكتاب بأن القاضي يأمر المولى ببيع عبده لدين الغرماء عليه، وقيَّدوا هاهنا في حواشي الكتاب المقروء على الأساتذه بأن معنى **قوله**: يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ، أي: يُجبر القاضي المولى على البيع، هل لهذا القيد وجه صحة أم لا؟

قلتُ: ليس لهذا العقد وجه صحة أصلًا، بل يبيع القاضي العبد هاهنا بدون رضا المولى بالاتفاق، وإنما يقع مثل هذه القيود للتساهل وقلة المطالعة في كتب السلف، أو للتقليد بقيد من قبله من المتساهلين، ولو لم يكن كتابي هذا إلا لمعرفة بطلان مثل هذه القيود لكفى به مَغْنمـًا، وعُدَّ لطرق الصواب معلمـًا؛ وذلك لأن هذه الرواية مذكورة في الفصل الرابع

لا يُبَاعُ وَيُبَاعُ كَسْبُهُ فِي دَيْنِهِ بِالإِجْمَاعِ.

من مأذون «الذخيرة» فقال فيه:

وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فباع واشترى ولحقه ديون كثيرة، فقدمه الغرماء إلى القاضي فطلبوا بيعه فإن القاضي ينظر في ذلك، فإن كان في يد العبد كسب حاضر يفي بديونه يقضي ديونه من كسبه، وإن لم يكن في يده مال حاضر إلا أن له مالًا غائبًا يرجى قدومه، أو دين مال يُرجى خروجه لا يعجل القاضي في بيعه بل يتلوَّم، إلى أن قال: وإن انقضت مدة التلوّم ولم يوجد المال فإن القاضي يبيع العبد بدينهم؛ لأن القاضي نُصِّب ناظرًا للمسلمين وقد نظر للمولى حين تلوَّم ولم يُعجِّل في بيعه، فيجبُ أن ينظر للغرماء بعد مضي التلوم، فيبيع العبد بدينهم حتى يصلوا إلى حقهم فيحصل النظر للجانبين جميعًا.

ثم قال: ثم ما ذكر من الجواب أن القاضي يبيع العبد، لا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن الدين لو كان على المولى وقد امتنع عن قضائه، كان للقاضي على قولهما أن يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه، فإذا كان الدين على العبد أَوْلَى؛ لأن دين العبد يتعلق بالعبد، ودين الحر لا يتعلق بماله ما لم يمرض مرض الموت، وإنما يشكل كل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن من أصله أن الحر إذا ركبته الديون وأمره القاضي بإيفاء الديون ولم يوف، فأراد أن يبيع عليه ماله بغير إذنه ليس له ذلك، بل يُجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه.

والجواب عنه أنَّ أبا حنيفة رحمه الله إنما قال في الحر: لا يبيع القاضي عليه ماله لِمَا فيه من الحجر عليه، فإنه كان يملك بيع مال نفسه، فإذا باع عليه القاضي بغير إذنه كان حجرًا عليه، وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر المكلف، فأمَّا ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى؛ لأن المولى قبل ذلك محجور عن بيعه، فإنه لو باع العبد المديون بغير رضا الغرماء لا يَقدر، وإذا كان محجورًا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرًا مجازًا، فكان هذا بمنزلة التركة إذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي أن يبيع التركة على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم، ولم يُعد ذلك حجرًا على الورثة؛ لأنَّهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متى كانت

لَهُمَا أَنَّ غَرَضَ الْمَوْلَى مِنَ الإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ لَمْ يَكُنْ لا تَفْوِيتُ مَالٍ قَدْ كَانَ لَهُ،

مستغرقة بالدين بغير رضاء الغرماء، فكذا هاهنا.

فإن قيل: يُشكل ببيع الكسب، فإنه يبيع الكسب على العبد بغير إذنه، والعبد كان يملك بيع الكسب كالحر المديون، فكان يجب أن لا يبيع الكسب بغير رضاء العبد بل يحسبه حتى يبيع.

قلنا: الجواب عنه أن أبا حنيفة رحمه الله إنما لا يرى الحجر على الحر المكلف، فأمَّا يرى الحجر على العبد، ألا ترى أن المولى يحجره فكذا جاز حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه، هذا إذا كان المولى حاضرًا، فأمَّا إذا كان غائبًا فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى، فإن الخصم في رقبة العبد المَوْلى دون العبد، ألا ترى أنه لو ادَّعى إنسان في رقبة العبد حقًّا فإن العبد لا ينتصب خصمًا لذلك، فإذا كان الخصم هو المولى لم يجز البيع إلا بحضرته أو بحضرة نائبه، بخلاف الكسب، فإنه يباعُ بالدين وإن كان المولى غائبًا؛ لأن الخصم في الكسب هو العبد دون المولى، ألا ترى لو ادَّعى إنسان في كسبه حقًّا كان الخصم في ذلك هو العبد، وإذا كان العبد خصمًا في حق الكسب يشترط حضرة العبد لا حضرة المولى.

ثم إذا باع القاضي العبد بحضرة المولى قسم ثمنه بينه وبين الغرماء، وإن لم يكن بالثمن وفاءً بالديون يضرب كل غريم في الثمن بقدر حصته كالتركة إذا اجتمعت فيها حقوق الغرماء، وضاقت التركة عن إيفائها، ولا سبيل لهم على العبد فيما بقي من دينهم حتى يعتق العبد؛ لأن الغرماء كان لهم الخيار في حال الرق، إن شاؤوا باعوا العبد بديونهم، وإن شاؤوا اختاروا استسعاء العبد فلا يبيعوا العبد، وليس لهم الجمع بين الأمرين في حال الرق، فلا يبقى لهم على سعاية العبد سبيل ما لم يعتق؛ لأنه بالبيع خرج العبد من ملك الإذن وصار ملكًا للمشتري، والدين ما وجبَ في ملك المشتري فلذلك ليس لهم سبيل على المشتري؛ لأن الدين ما وجب على العبد بإذنه فلا يظهر في حقه، فإن اشترى العبدَ مولاه الذي باعه عليه القاضي للغرماء لم يتبعه الغرماء بشيءٍ ممَّا بقي من الدين قليل ولا كثير، وإن عاد العبد إلى ملك من وجب الدين على العبد في ملكه لوجوه:

أحدها: أنه يجدد سبب الملك في العبد، ويجدد سبب الملك في العين، فوجبَ تبدل

وَذَلِكَ فِي تَعْلِيقِ الدَّيْنِ بِكَسْبِهِ، حَتَّى إِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنْهُ عَنِ الدَّيْنِ يَحْصُلُ لَهُ لَا بِالرَّقَبَةِ، بِخِلَافِ دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ جِنَايَةٍ، وَاسْتِهْلَاكُ الرَّقَبَةِ بِالجِنَايَةِ لَا يَتَعَلَّقُ

العين من حيث الحكم، فكأنه اشترى عبدًا آخر فلا يكون للغرماء عليه سبيل.

والثاني: أنَّهم لمَّا باعوه أوَّل مرة بدينهم فقد اختاروا دينهم إلى ما بعد العتق بمقتضى اختيارهم بيع العبد، ولو ثبتَ التأجيل نصًّا لا يبقى لهم على العبد سبيل، فكذا إذا ثبت التأجيل اقتضاءً.

والثالث: أنَّهم لمَّا باعوه بدينهم فقد ملكوا السعاية من المشتري بما أخذوا منه من الثمن، فالمولى الآذن لمَّا اشتراه ثانيًا من المشتري الأول ملك السعاية أيضًا من جهة المشتري الأول، وقام مقام المشتري الأول فيما كان للمشتري، وهناك ليس لهم على العبد سبيل، فكذا هنا.

ثم القاضي إذا باع العبد للغرماء، أو باع أمينُ القاضي للغرماء لا تلحقه العهدة، حتى لو وجد المشتري بالعبد عيبًا فالمشتري لا يرده على القاضي ولا على أمينه، وكذلك لو قبض القاضي أو أمينه الثمن من المشتري فضاعَ من يده واستحق العبد من يد المشتري لا يرجع عليهما، وإنما يرجع على الغرماء؛ لأن بيع القاضي خرج على وجه القضاء نظرًا للغرماء، ولو رجع إليه العهدة لصار خصمًا فيه وخرج من أن يكون قاضيًا؛ لأن من صار خصمًا في حادثة لا يصلح شاهدًا فيها، فلا يصلح قاضيًا بالطريق الأولى، وكذلك أمين القاضي فإن حكمه كحكم القاضي؛ لأنه يأمره بل يرجع المشتري بالثمن على الغرماء؛ لأن العقد وقع لأجلهم.

قوله: وَذَلِكَ، أي: غرض المولى.

قوله: لا بِالرَّقَبَةِ، - أي: لا في تعلق الدين برقبة العبد - **بِخِلَافِ دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ**، يعني: أجمعوا على أن رقبته تباع بدين الاستهلاك، كذا في «المغني».

وأصحابنا استدلوا بما رُوي: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم باع رجلًا في دينه يقال له: سُرَّق»، فحين كان بيع الحر جائزًا باعه في دينه، ومن ضرورة بيع الحر في دينه بيع العبد في دينه،

بِالإِذْنِ. وَلَنَا أَنَّ الوَاجِبَ فِي ذِمَّةِ العَبْدِ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً كَدِينِ الِاسْتِهْلَاكِ، وَالجَامِعُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ النَّاسِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ التِّجَارَةُ وَهِيَ دَاخِلَةٌ تَحْتَ الإِذْنِ، وَتَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءٌ حَامِلٌ عَلَى المُعَامَلَةِ، فَمِنْ هَذَا

وما ثبت بضرورة النصِّ فهو كالمنصوص، ثم انتسخ بيع الحر وبقي بيع العبد مشروعًا فيباع في دينه، والمعنى: أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى، فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك، فتأثيره ما ذكرنا أن الدين لا يجب في ذمة العبد إلا شاغلًا مالية رقبته، ألا ترى أن دين الاستهلاك لمَّا ظهر وجوبه في حق المولى وتقرر سببه كان شاغلًا لمالية دين كان مساويًا لمالية الرقبة؛ لأنه لا يظهر وجوبه في حق المولى فإنه محجور عن مباشرة سببه لحق المولى، فأمَّا بعد الإذن فدين التجارة كدين الاستهلاك من حيث أنه ظهر وجوبه في حق المولى بإذنه، فبهذا الطريق يتحقق رضا المولى بتعلق الدين بمالية الرقبة، ولم يظهر من صاحب الدين ما يدل على الرضاء بتأخير حقه، كذا في «المبسوط».

وبهذا يعلم أن قوله: أَنَّ الوَاجِبَ فِي ذِمَّةِ العَبْدِ ظَهَرَ وُجُوبُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى، احترازًا عن دين المحجور بسبب التجارة، أو بإقراره، وعن دين المأذون الذي هو صداق امرأة تزوجها بغير إذن المولى، فإنه لمَّا لم يظهر في حق المولى لعدم الإذن لم يبع رقبته بسببه.

وقوله: فَيَتَعَلَّقُ - الدين - بِرَقَبَتِهِ اسْتِيفَاءً، حامل جواب عن قولهما: أَنَّ غَرَضَ المَوْلَى مِنَ الإِذْنِ تَحْصِيلُ مَالٍ، إلى آخره، يعني: لمَّا علم الناس أن المعاملة من العبد المأذون لا تضيع، ولا يخسر أحد في المعاملة معه، فإنه لو لم يبق له مال فبقيت رقبته، ولنا ولاية بيع العبد بسبب الدين وأخذ الثمن، بخلاف المعاملة مع الحر، فإنه لو لم يبق له مال تجب النظرة إلى وقت الميسرة، فعسى تحصل الميسرة، وعسى لا تحصل، فكان هذا المعنى داعيًا للناس إلى المعاملة مع العبد المأذون، فيكثر معاملوه رغبةً فيه، وازدياد الأرباح إنما تكون عند ازدياد كثرة المعاملات في التجارات، فيحصل غرض المولى وهو ازدياد الأرباح.

وهذا المعنى أيضًا يصلح جوابًا عما تمسَّك به الشافعي رحمه الله، ذكره في «المبسوط»،

الوَجْهِ صَلُحَ غَرَضًا لِلْمَوْلَى، وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّهِ بِدُخُولِ المَبِيعِ فِي مِلْكِهِ، وَتَعَلُّقُهُ بِالكَسْبِ لا يُنَافِي تَعَلُّقَهُ بِالرَّقَبَةِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِمَا، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالكَسْبِ فِي الِاسْتِيفَاءِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ وَإِبْقَاءً لِمَقْصُودِ المَوْلَى، وَعِنْدَ انْعِدَامِهِ يُسْتَوْفَى مِنَ الرَّقَبَةِ.

من قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وقال: والعبد الذي لا كسب في يده معسر، وكان مستحقًّا للنظرة شرعًا، ولو أجَّله الطالب لم يجز بيع رقبته فيه، فلا يكون تأجيل الشارع أدنى من تأجيل الطالب، فيجب أن لا يجوز بيعه فيه أيضًا.

قلنا نحن: لمَّا كان بيعه مستحقًّا بحكم الحديث الذي ذكرنا، ظهر أنه كان موسرًا في قضاء الدين بمالية الرقبة، والانتظار شرعًا إنما يكون بعد تحقق العسرة، فأما اليسار فلا.

قوله: وَيَنْعَدِمُ الضَّرَرُ فِي حَقِّهِ - أي: في حق المولى - بِدُخُولِ المَبِيعِ فِي مِلْكِهِ، أي: في ملك المولى، يعني: أنه لو فاتَ العبد عن ملكه بالبيع بسبب الدين حصل المبيع للمولى بمقابلته، فكان جابرًا له فينتفي الضرر عن المولى؛ لأن الظاهر أن الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد، فينجبر ملك المولى بما فات عنه فلا يتضرر.

فإن قلتَ: كيف يقال هذا القول؟ وهو أن المبيع جابر لفوت العبد عن ملك المولى، وقد ذكر بُعيد هذا متصلًا بهذا: غَيْرَ أَنَّهُ يَبْدَأُ بِالكَسْبِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، فعلى هذا التقدير لو كان المبيع الذي هو كسب العبد باقيًا كيف يباع العبد؟ والعبد إنما يباع أن لو لم يكن له مال من كسبه.

قلتُ: جاز أن يكون هذا المبيع هو المبيع الذي اشتراه العبد وأدَّى ثمنه، ثم قبضه المولى ولا دين على العبد، ثم ركبته ديون فبيع العبد بسبب ديون لحقته بعد ما أخذ المولى المبيع من يد العبد ولا دين عليه، فإنه إذا كان حال المبيع هكذا لا يؤخذ المبيع من المولى بسبب دين العبد، بل يُباع العبد إذا لم يكن له كسب، فينجبر ما أخذه من المبيع بما فاتَ العبد من ملكه حينئذٍ.

والدليل على هذا ما ذكره في «المغني» في الفصل الخامس من المأذون منه حيث قال: إن العبد المأذون إذ الحقه دين فطلب الغرماء من القاضي بيع العبد، وفي يد العبد كسب

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ دُيُونُهُ المُرَادُ مِنْهُ دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ وَضَمَانِ الغُصُوبِ وَالوَدَائِعِ وَالأَمَانَاتِ إِذَا جَحَدَهَا، وَمَا يَجِبُ مِنَ العُقْرِ بِوَطْءِ المُشْتَرَاةِ بَعْدَ الِاسْتِحْقَاقِ لِاسْتِنَادِهِ إِلَى الشِّرَاءِ فَيَلْحَقُ بِهِ.

قَالَ: (وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ) لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِالرَّقَبَةِ فَصَارَ كَتَعَلُّقِهَا بِالتَّرِكَةِ (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنْ دُيُونِهِ طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ) لِتَقَرُّرِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ وَعَدَمِ وَفَاءِ

حاضر إن القاضي يبدأ ببيع الكسب، ويستوي أن ذلك الكسب من أكساب التجارة أو لم يكن من أكساب التجارة نحو الصدقة، والهبة، ويستوي أن يكون العبد اكتسب ذلك القدر قبل لحوق الدين أو بعد لحوق الدين، فحق الغرماء يتعلق بجميع ذلك ما دام في يد العبد، ثم قال: وإن كان المولى قد أخذ شيئاً من ذلك من العبد، فإن لم يكن على العبد دين حال ما أخذ المولى ذلك ثم لحقه دين، لا يجب على المولى ردُّ ما أخذ إن كان قائمًا بعينه، ولا ضمانه إن كان استهلكه، وإن كان على العبد دين حال ما أخذ المولى ذلك، تجبُ على المولى رد ما أخذ إن كان قائمًا بعينه، وضمانه إن كان استهلكه.

قوله: كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، نظير قوله: دَيْنٌ وَجَبَ بِالتِّجَارَةِ، وقوله: وَالإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ، إلى آخره نظير قوله: أَوْ بِمَا هُوَ فِي مَعْنَاهَا، وهذا كله احتراز عن دين وجب لا بالتجارة، ولا بما في معناها، كما في مهر امرأة تزوجها فوطئها ثم استحقت، حيث يجب المهر على العبد ولا يظهر هو في حق المولى؛ لأن وجوب ذلك الدين بسبب النكاح، والنكاح ليس من التجارة فيتأخر إلى ما بعد عتقه، كذا في «المبسوط»، وهكذا أيضاً في الفصل الرابع من مأذون «المغني».

وذكر في «الذخيرة»: وإذا تزوج امرأة ودخل بها إن كان النكاح بإذن المولى يباع بدين المهر، وإن لم يكن هذا من جنس ضمان التجارة؛ لأن النكاح ليس بتجارة، ولهذا لا يدخل تحت الإذن في التجارة؛ لأن النكاح وإن لم يكن تجارة إلا أن إذن المولى المأذونَ بالنكاح صحيح، والنكاح منه بناء على إذن المولى أيضاً صحيح، ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر، فكان تعلقه بالرقبة لضرورة أمر لا مردَّ له، فكان كدين الاستهلاك.

الرَّقَبَةِ بِهِ (وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا) كَيْ لَا يَمْتَنِعَ الْبَيْعُ أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي (وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ سَوَاءٌ حَصَلَ قَبْلَ لُحُوقِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ وَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَقْبَلُ مِنَ الْهِبَةِ)؛

ثم صورة الدين بسبب الإجارة هي أن يؤاجر شيئًا ويقبض الأجرة، ولم يسلم المستأجر حتى انقضت المدة فوجب عليه رد الأجرة.

ذكر الأمانات بعد ذكر الودائع؛ لأن الأمانة أعم من الوديعة، ومن أنواع الأمانات مال المضاربة، والعارية، والبضاعة، ومال الشركة، وهذه الأشياء عند الجحود بها تنقلب غصبًا، وكان الضمان الواجب بهذه الأشياء ضمان غصب؛ لأن الأمين يصير غاصبًا للأمانة بالجحود، وكذلك يؤاخذ بضمان عقر الدابة، وإحراق الثوب في الحال وتباع رقبته فيه.

وقيل: هذا محمول على ما إذا أخذ الثوب أو الدابة أولًا، حتى يصير غاصبًا بالأخذ، ثم عقر الدابة وأحرق الثوب، وأمَّا إذا عقر الدابة أو أحرق الثوب قبل القبض، فينبغي على قول أبي يوسف رحمه الله أن لا يؤاخذ به في الحال، ولا تباع رقبته فيه، وعلى قول محمد رحمه الله يؤاخذ به في الحال وتباع رقبته فيه، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

قوله: وَلَا يُبَاعُ ثَانِيًا، بخلاف دين نفقة المرأة فإنه يباع فيها مرَّة بعد أخرى؛ لأنَّها تجبُ شيئًا فشيئًا، بخلاف المهر فإنه إذا بيع في مهر ولم يف الثمن لا يباع ثانيًا؛ لأنه بيع في جميع المهر ويُطالب بالباقي بعد العتق، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: كَيْ لَا يَمْتَنِعَ الْبَيْعُ، يعني: أن المشتري إذا عَلِم أن العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانيًا بدون اختياره، كما في حق المولى الآذن في التجارة يمتنع المشتري عن شرائه، فلا يحصل البيع الأول حينئذٍ فيتضرر الغرماء، فلذلك قلنا: إنه لا يُبَاعُ ثَانِيًا.

قوله: أَوْ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي؛ لأن المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيًا ببيعه بسبب الدين، فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه، بخلاف المولى الأول فإنه أذن له في التجارة، فكان ملتزمًا بإذنه ضرر البيع على نفسه.

قوله: وَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَقْبَلُ مِنَ الْهِبَةِ، أي: ويتعلق دين العبد بما يقبل العبد من الهبة،

لِأَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي الْمِلْكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ الْعَبْدِ وَلَمْ يَفْرُغْ (وَلَا يَتَعَلَّقُ بِمَا انْتَزَعَهُ الْمَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّيْنِ) لِوُجُودِ شَرْطِ الْخُلُوصِ لَهُ.

وهذا عندنا خلافًا لزفر رحمه الله، وكذلك الصدقة، فإنه عنده لا حق لغرمائه إلا فيما اكتسب بطريق التجارة، وقال: لأن وجوب الدين عليه بسبب التجارة، فما كان من كسب تجارته يتعلق الدين به لاتحاد السبب، وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر أملاك المولى، ألا ترى أن المأذون لو كانت أمة فولدت ثم لحقها دين بعد ذلك، لم يتعلق حق غرمائها بولدها لهذا المعنى.

وحجتنا في ذلك أن الهبة والصدقة كسب العبد، فلا يسلَّم للمولى إلا بشرط الفراغ من دين العبد ككسب التجارة؛ لما أن المكتسب إذا لم يكن أهلًا للملك يخلفه المولى خلافة الوارث، فكما أنه لا يسلم للوارث شيء من التركة إلا بشرط الفراغ من دين المورِّث، فكذلك لا يُسلم للمولى شيء من كسب العبد إلا بشرط الفراغ من دينه؛ وهذا لأن العبد وإن لم يكن من أهل الملك فهو من أهل قضاء الدين بكسبه، وحاجته إلى ذلك مقدَّمة على حق مولاه في كسبه، وهذا بخلاف ما إذا ولدت بعد ما لحق الدين؛ لأن ولدها ليس من كسبها، ولكنه جزءٌ متولد من عينها، فكما أن نفسها لا تكون من كسبها فكذلك جزء نفسها، إلا أن نفسها تُباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالإذن لها في التجارة، وذلك لا يوجد في حق الولد، فلو تعلق به حق الغرماء إنما يكون بطريق السِّراية، ولا سراية بعد الانفصال والكلام فيه، حتى إذا كان الدين لحقها قبل أن تَلِد ثم ولدت فيسري إليه؛ لأن حق الغرماء تعلق بها في حال ما كان جزءًا متصلًا بها فيسري إلى الولد بحكم الاتصال.

وهذا بخلاف الدفع في الجناية، فإن الجانية إذا ولدت فلا حق لأولياء الجناية في ولدها؛ لأن حقهم هناك في بدل المتلف وهو أرش الجناية، أو في نفسها جزاءً على الجناية، ولكن ذلك ليس بحق متأكد، بدليل تمكن المولى من التصرف فيها كيف شاء بالبيع وغيره، فلهذا لا يسري إلى الولد، وهاهنا حق الغرماء متأكد في ذمتها متعلق بماليتها بصفة التأكيد؛ بدليل أنه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل إلى الغرماء حقهم، فيسري هذا الحق المتأكد إلى الولد، كذا في باب الدين يلحق العبد المأذون، من مأذون «المبسوط».

(وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ بَعْدَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ يَحْجُرُ عَلَيْهِ فَلَا يَحْصُلُ الكَسْبُ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى غَلَّةِ المِثْلِ يَرُدُّهَا عَلَى الغُرَمَاءِ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهَا وَتَقَدُّمِ حَقِّهِمْ. قَالَ: (فَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّى يَظْهَرَ حَجْرُهُ بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْحَجَرَ لَتَضَرَّرَ النَّاسُ بِهِ لِتَأَخُّرِ حَقِّهِمْ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ لِمَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ وَقَدْ بَايَعُوهُ

الغَلَّةُ: كل ما يحصل من ريع أرض، أو كرائها، أو أجرة غلام أو نحو ذلك، وقد أغلّت الضيعة فهي مُغلَّة، كذا في «المغرب».

قوله: وَلَهُ - أي: وللمولى - أَنْ يَأْخُذَ غَلَّةَ مِثْلِهِ بَعْدَ الدَّيْنِ، أي: الضريبة التي ضرب المولى على عبده في كل شهر عشرة دراهم مثلًا، فهو يأخذها بعد الدين كما كان يأخذها قبل الدين، وما زاد على عشرة دراهم كان للغرماء، ولا يأخذ المولى بعد الدين أزيد ممَّا كان يأخذها قبل الدين، وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان، وفي القياس لا يجوز له أن يأخذ من الغلة بعد الدين لا قليلًا ولا كثيرًا.

وذكر في «المبسوط»، و«الإيضاح»: ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد كل شهر عشرة دراهم، وعليه دين يأتي على رقبته وكسبه، حتى أخذ منه مالًا كثيرًا ففي القياس عليه رد جميع ما أخذ؛ لأنه أخذ من كسبه، وحق الغرماء في كسبه مقدم على حق المولى، ولكنه استحسن وقال: المقبوض سالم للمولى؛ لأن في أخذ المولى الغلة منه منفعة للغرماء، فإنه يُبقيه على الإذن بسبب ما يصل إليه من الغلة، فيكتسب فيقضي حق الغرماء من كسبه، فإذا منعنا المولى من أخذ الغلة يحجر عليه في التجارة فينسد باب الاكتساب، فصار ما يأخذه من الغلة كالتحصيل للكسب، وأمَّا إذا أخذ أكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرماء؛ لأن الزيادة على غلة المثل لا يُعد من باب تحصيل الغلة، فلا يحصل حينئذٍ مقصود الغرماء.

قوله: فَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّى يَظْهَرَ حَجْرُهُ فِيمَا بَيْنَ أَهْلِ سُوقِهِ، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: الحجر عليه صحيح وإن لم يعلم به أحد من أهل سوقه، وهذا بناء على مسألة كتاب الوكالة: إن عزل الوكيل لا يصح إلا بعلمه عندنا، وقال الشافعي رحمه الله:

عَلَى رَجَاءِ ذَلِكَ، وَيُشْتَرَطُ عِلْمُ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ، حَتَّى لَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ لَمْ يَنْحَجِرْ، وَلَوْ بَايَعُوهُ جَازَ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجْرِهِ

يصح بغير علمه، فكذلك الحجر على العبد يصح بغير علم العبد وبغير علم أهل السوق به؛ لأن الإذن عنده إنابة كالتوكيل؛ وهذا لأن المولى يتصرف في خالص حقه فلا يتوقف تصرفه على علم الغير به، ولكنا نشترط علم أهل السوق لدفع الضرر والغرور عنهم، فإن الإذن عمَّ وانتشر فيهم وهم يعاملونه بناءً على ذلك، فلو صحَّ الحجر بغير علمهم تضرروا به؛ لأن العبد إن اكتسب شيئًا ربما أخذه المولى، وإن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه، فتتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق، ولا يدري أيعتق أو لا؟ ومتى يعتق؟ والمولى بتعميم الإذن يصير كالغارّ لهم، فلدفع الضرر والغرور قلنا: لا يثبت الحجر ما لم يعملوا به، كذا في «المبسوط».

قوله: حَتَّى لَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي السُّوقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا رَجُلٌ أَوْ رَجُلَانِ لَمْ يَنْحَجِرْ، وَلَوْ بَايَعُوهُ جَازَ، وَإِنْ بَايَعَهُ الَّذِي عَلِمَ بِحَجْرِهِ، وإن هذه للوصل، يثبت بهذا الكلام عدم صحة الحجر الخاص، حتى أن المولى إذا حجر عبده عند رجل أو رجلين لم يثبت الحجر في حق ذلك الرجل والرجلين أيضًا، كما لا يثبت في حق غيرهما، حتى أن ذلك الرجل لو باع مع هذا العبد الذي حجره مولاه عند هذا الرجل يجوز بيعه، كما كان يجوز قبل هذا الحجر، فعُلم بهذا أن من شرط صحة الحجر التعميم لا التخصيص.

فإن قلتَ: فقد ذكر في الكتاب أن معنى اشتراط التعميم في الحجر هو دفع الضرر عن الناس بتأخير حقهم إلى ما بعد العتق، وكذلك ذكر في «المبسوط» معنى اشتراط التعميم في الحجر: هو دفع الضرر والغرور عن الناس على ما ذكرت، وهذا المعنى لا يتحقق في حق ذلك الرجل والرجلين، فإنَّهم لما علموا بحجر المولى عبده لا يعاملون مع هذا العبد الذي حجره مولاه عندهم فلا يصيرون مغرورين، فلِمَ لا يصير العبد محجورًا في حق هؤلاء الذين كانوا حضورًا عند حجر المولى عبده، مع انعدام هذا المعنى وهو الغرور في حقهم، فينبغي أن يثبت الحجر في حقهم وإن لم يثبت في حق غيرهم، كما في خطاب الشرع حيث يثبت في حق من علم ولا يثبت في حق من لم يعلم، ألا ترى أن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت

وَلَوْ حُجِرَ عَلَيْهِ فِي بَيْتِهِ بِمَحْضَرٍ مِنْ أَكْثَرِ أَهْلِ سُوقِهِ يَنْحَجِرُ، وَالمُعْتَبَرُ شُيُوعُ الحَجْرِ وَاشْتِهَارُهُ فَيُقَامُ ذَلِكَ مَقَامَ الظُّهُورِ عِنْدَ الكُلِّ كَمَا فِي تَبْلِيغِ الرِّسَالَةِ مِنَ الرُّسُلِ

المقدس بعد الأمر باستقبال الكعبة، وجُوِّز لهم ذلك؛ لأنَّهم لم يعلموا به وإن تغيَّر الحكم في حق غيرهم.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن شرط صحة الحجر التشهير، والمشروط لا يثبت بدون شرطه، فلذلك لم يثبت حكم الحجر في حق من علم به أيضـًا كما لم يثبت في حق من لم يعلم به؛ وذلك لأن الحجر ضد الإذن، فكما أن الإذن لا يقبل التخصيص فكذلك الحجر أيضـًا لا يقبل التخصيص، حتى أنه لو أذن لعبده في التجارة مع قوم بأعيانِهم ونهاه عن آخرين، فباع العبد واشترى من القوم الذي نَهاه عنهم كان جائزًا، وهذا بخلاف خطاب الشرع، فإن حكمه يثبت في حق من علم به؛ لأن الخطاب مما يقبل التخصيص، وكل واحدٍ من المخاطبين بالحكم في حقه كأنه ليس معه غيره، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الذخيرة»: إنما لا يصح الحجر في حق هؤلاء الذين علموا بالحجر؛ لأن الحجر لم يعمل في حق الذين لم يعلموا، وبقي العبد مأذونـًا في حقهم نفيًا للضرر والغرور عنهم، وإذا بقي الإذن في حق الذين لم يعلموا بقي الإذن في حق الناس؛ لأن الإذن بالتجارة لا يتجزأ، ألا ترى أن في الابتداء لا يتجزأ فكذلك في الانتهاء، ثم قال:

فإن قيل: هذا العذر ليس بصحيح، فإن الإذن إذا كان عامًّا وحجر عليه بمحضر الأكثر من أهل السوق يصير العبد محجورًا، ولو كان ما ذكرتم من المعنى صحيحًا ينبغي أن لا يصير محجورًا؛ لأن الحجر لم يعمل في حق الذي لم يعلم بالحجر، وبقي الإذن في حقه، فينبغي أن يبقى الإذن في حق الباقين ضرورة عدم التجزي.

قلنا: قضية القياس هكذا، إلا أنا تركنا القياس ثمَّة لضرورة، فإن تبليغ الحجر إلى كل واحد من أهل السوق متعسر، فأقمنا تبليغ الحجر إلى الأكثر مقام تبليغ الحجر إلى الكل، ألا ترى أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم كان مأمورًا بتبليغ ما أنزل إليه إلى الناس كافَّة، ولم يبلغ إلى الكل إنما بلغ إلى الأكثر، وقام التبليغ إلى الأكثر مقام التبليغ إلى الكل، كذا هاهنا.

- عَلَيْهِمُ السَّلَامُ -، وَيَبْقَى العَبْدُ مَأْذُونًا إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالحَجْرِ كَالوَكِيلِ إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالعَزْلِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ حَيْثُ يَلْزَمُهُ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنْ خَالِصِ مَالِهِ بَعْدَ العِتْقِ وَمَا رَضِيَ بِهِ، وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ الشُّيُوعُ فِي الحَجْرِ إِذَا كَانَ الإِذْنُ شَائِعًا. أَمَّا إِذَا

ثم اعلم أن اشتراط إظهار الحجر فيما بين أهل سوقه فيما إذا ثبت الحجر قصدًا، لا ضمنـًا لشيءٍ آخر كما في عزل الوكيل، وأمَّا إذا ثبتَ الحجر ضمنـًا فلا يشترط لانحجاره علمُ أهل سوقه، ولا علم واحد منهم، حتى أن المولى إذا باع عبده المأذون الذي ليس له دين يصير محجورًا، وإن لم يعلم به أهل سوقه؛ لأن هذا حجر ثبتَ حكمـًا للبيع لا مقصودًا؛ لأن الحجر ثبت بالبيع، والبيع في الأصل لم يوضع للحجر، ألا ترى أن البيع يصحُّ وإن كان لا يثبت الحجر بأن لم يكن العبد مأذونـًا، وإذا لم يكن موضوعًا للحجر كان ثبوت الحجر به حكمـًا لزوال ملك المولى لا مقصودًا، كبيع الموكِّل ما وكَّله ببيعه كان ذلك عزلًا للوكيل حكمـًا لا قصدًا؛ لأن البيع لم يوضع للعزل، كذا هاهنا؛ لأنه يجوز أن يثبت الشيء حكمـًا لغيره وإن كان لا يثبت مقصودًا، كعزل الوكيل وهو غائب لا يثبت مقصودًا ويثبت حكمـًا لغيره، وأحد المتفاوضين لا يملك إخراج نفسه عن المفاوضة مقصودًا حال غيبة شريكه، ويملكه حكمـًا لغيره بأن يطلب من غيره درهمًا هبةً حتى وهب له درهمـًا.

وكذلك لو وهب المولى العبد المأذون من رجل وقبضه الموهوب له يصير محجورًا، فلو أنه رجع في الهبة لا يعود الإذن، وكذلك في فصل البيع إذا ردَّه المشتري بالعيب وردَّه بقضاء القاضي لا يعود الإذن، وإن عاد إليه قديم ملكه.

وكذلك اشتراط إظهار الحجر فيما بين أهل سوقه فيما إذا كان الإذن عامًّا فيما بين أهل السوق، وأمَّا إذا كان الإذن خاصًّا فيكتفى فيه بالحجر الخاص على ما ذكر هذا في الكتاب، كذا في «الذخيرة»، و«المغني».

قوله: وَيَبْقَى العَبْدُ مَأْذُونًا إِلَى أَنْ يَعْلَمَ بِالحَجْرِ، يعني: كما أن علم أهل السوق بالحجر شرط لصحة الحجر، فكذلك علم ذلك العبد بحجر نفسه شرط لصحة الحجر في حقه أيضـًا، دفعًا للضرر والغرور عنه كما في حق أهل السوق.

لَمْ يَعْلَمْ بِهِ إِلَّا العَبْدُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ بِعِلْمٍ مِنْهُ يَنْحَجِرُ؛ لِأَنَّهُ لا ضَرَرَ فِيهِ.

قَالَ: (وَلَوْ مَاتَ المَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا صَارَ المَأْذُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الإِذْنَ غَيْرُ لازِمٍ، وَمَا لا يَكُونُ لازِمًا مِنَ التَّصَرُّفِ يُعْطَى لِدَوَامِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ، هَذَا هُوَ الأَصْلُ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ أَهْلِيَّةِ الإِذْنِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ وَهِيَ تَنْعَدِمُ بِالمَوْتِ وَالجُنُونِ، وَكَذَا بِاللُّحُوقِ لِأَنَّهُ مَوْتٌ حُكْمًا حَتَّى يُقَسَّمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَبَقَ العَبْدُ صَارَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبْقَى مَأْذُونًا؛ لِأَنَّ الإِبَاقَ

أمَّا وجه الضرر والغرور في حق أهل السرق فقد ذكرناه، وأمَّا وجه الضرر في حق العبد فإن العبد يبايع بناءً على أنه مأذون، وأن ما يجب عليه من الدين يستوفى حال رقه من مال المولى، فمتى صح الحجر بغير علم العبد تتأخر حقوق الغرماء إلى ما بعد العتق، ويستوفي الكل من خالص ملك العبد والعبد لم يرض بذلك، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَوْ مَاتَ المَوْلَى أَوْ جُنَّ ... صَارَ المَأْذُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، والمراد منه الجنون المطبق، أمَّا إذا لم يكن مُطبقاً بأن كان يُجنّ ويُفيق لا ينحجر، ثم اختلفوا في تحديد الجنون المطبق، قال محمد رحمه الله: إذا كان الجنون دون الشهر فليس بمطبق، وإن كان شهرًا فصاعدا فهو مطبقٌ، ثم رجع وقال: ما دون السَّنة ليس بمطبق، والسنة وما فوقها مطبق، وعن أبي يوسف رحمه الله: إن أكثر السنة فصاعدًا مطبق، وما دونه فليس بمطبق، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ أَهْلِيَّةِ الإِذْنِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ؛ لأنه لمَّا كان لِدَوَامِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ، كان هو متجددًا حكماً في كل زمان، وكأنَّ المولى صار آذنًا في كل زمان، فلا بد من قيام الأهلية للآذن وقت الإذن كما في الابتداء الحقيقي، والجنون، والارتداد مانع ابتداءً فكذا بقاءً.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَبْقَى مَأْذُونًا؛ وذكر في «المبسوط» زفرَ مكان الشافعي رحمهما الله، وقال: وقال زُفر رحمه الله لا يصير محجورًا عليه بالإباق؛ لأن صحة الإذن باعتبار ملك المولى، وقيام رأيه، ولم يختل ذلك بإباقه، والدليل عليه أن الإباق لا ينافي ابتداء

لا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الإِذْنِ، فَكَذَا لا يُنَافِي البَقَاءَ وَصَارَ كَالغَصْبِ. وَلَنَا أَنَّ الإِبَاقَ حَجْرُ دَلالَةٍ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْضَى بِكَوْنِهِ مَأْذُونًا عَلَى وَجْهٍ يَتَمَكَّنُ مِنْ تَقْضِيَةِ دَيْنِهِ بِكَسْبِهِ، بِخِلَافِ ابْتِدَاءِ الإِذْنِ؛ لِأَنَّ الدَّلالَةَ لا مُعْتَبَرَ بِهَا عِنْدَ وُجُودِ التَّصْرِيحِ بِخِلَافِهَا، وَبِخِلَافِ الغَصْبِ؛ لِأَنَّ الانْتِزَاعَ مِنْ يَدِ الغَاصِبِ مُتَيَسِّرٌ.

الإذن، فإن المحجور عليه إذا أَبَق فأَذِن له المولى في التجارة وعلم به العبد كان مأذونـًا، وما لا يمنع ابتداء الإذن لا يمنع بقاءه بالطريق الأولى.

ولكنا نقول: لمَّا جعل دلالة الإذن كالتصريح به فكذلك دلالة الحجر كالتصريح بالحجر، وقد وُجدت دلالة الحجر بعد إباقه؛ لأن الظاهر أن المولى إنما يرضى بتصرفه ما بقي تحت طاعته، ولا يرضى بتصرفه بعد تمرده وإباقه، ولهذا صحَّ ابتداء الإذن بعد الإباق؛ لأنه يسقط اعتبار الدلالة عند التصريح بخلافه، يوضحه: أن المولى لو تمكَّن منه أوجعه عقوبةً على جزاء فعله وحجر عليه، فإذا لم يتمكن منه جعله الشرع محجورًا عليه، كالمرتد اللاحق بدار الحرب لو تمكن منه القاضي مَوَّته حقيقة بالقتل، وقسم ماله بين ورثته، فإذا لم يتمكن من ذلك جعله الشرع كالميت حتى يقسم القاضي ماله بين ورثته.

قوله: وَصَارَ كَالغَصْبِ، معناه لو أذن المولى للعبد المغصوب يصح، ولو غصب العبد المأذون لا يبطل الإذن، فهنا كذلك.

ولكن ذكر في «الذخيرة» جواب الغصب على التفصيل فقال: وأمَّا الغصب هل يمنع ابتداء الإذن؟ فالجواب فيه على التفصيل: إن بقي للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصب مقرًّا، أو كان للمالك بيِّنة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الإذن؛ لأنه إذا بقي له إمكان الأخذ كانت ولاية البيع في رقبته وكسبه من الغاصب ومن غيره قائمة، فيصح الإذن فكذلك يبقى الإذن، وإن لم يبق للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصب جاحدًا، ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الإذن، لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الإذن أيضـًا، وإن عاد العبد الآبق من الإباق هل يعود الإذن؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل، والصحيح أنه لا يعود.

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتِ المَأْذُونُ لَهَا مِنْ مَوْلَاهَا) فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَعْتَبِرُ حَالَةَ البَقَاءِ بِالِابْتِدَاءِ. وَلَنَا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يُحَصِّنُهَا بَعْدَ الوِلَادَةِ فَيَكُونُ دَلَالَةَ الحَجْرِ عَادَةً، بِخِلَافِ الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ قَاضٍ عَلَى الدَّلَالَةِ (وَيَضْمَنُ المَوْلَى قِيمَتَهَا إِنْ رَكِبَتْهَا دُيُونٌ) لِإِتْلَافِهِ مَحِلًّا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ، إِذْ بِهِ يَمْتَنِعُ البَيْعُ وَبِهِ يُقْضَى حَقُّهُمْ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا فَدَبَّرَهَا المَوْلَى فَهِيَ مَأْذُونٌ

قوله: فَذَلِكَ حَجْرٌ عَلَيْهَا، أي: استيلاد المأذونة حجرٌ لها عن الإذن، وتأويل المسألة فيما إذا استولدها من غير تصريح بالإذن، أمَّا إذا استولدها ثمَّ قال: لا أريد الحجر عليها بَقِيَت على إذنِها، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَهُوَ يَعْتَبِرُ حَالَةَ البَقَاءِ بِالِابْتِدَاءِ، يعني أن المولى إذا أذن لأم الولد ابتداءً يجوز، فكذا تبقى مأذونة وإن طرأ الاستيلاد على المأذونة وهو القياس، ولكن استحسن علماؤنا فقالوا: استيلاد المولى حجر عليها؛ لأن العادة جرت في الظاهر أن الإنسان يُحصِّن أم ولده ولا يرضى بخروجها، واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة، ودليل الحجر كصريح الحجر، بخلاف ما إذا أذن لأمِّ ولده في التجارة؛ لأنه صريح هناك بخلاف العادة، فإنما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها، فأمَّا مع التصريح بخلاف العادة فلا، كتقديم المائدة بين يدي إنسان تجعل إذنًا في التناول بطريق العرف، أمَّا إذا قال: لا تأكل مع تقديم المائدة لم يكن ذلك إذنًا، كذا في «المبسوط».

وهذه المسألة عين مسألة الإباق في التعليل من الطرفين، فكان فيه دليل على أن المخالف هناك زفر رحمه الله كما هو المذكور في «المبسوط»؛ لأنه لم تختلف رواية الكتابين في أن المخالف في هذه المسألة زفر رحمه الله، وتعليل هذه المسألة مثل تعليل مسألة الإباق من الطرفين بعينه.

قوله: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا، إلى آخره، وإنَّما وضع المسألة

لَهَا عَلَى حَالِهَا) لِانْعِدَامِ دَلَالَةِ الحَجْرِ، إِذِ العَادَةُ مَا جَرَتْ بِتَحْصِينِ المُدَبَّرَةِ، وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ حُكْمَيْهَا أَيْضًا، وَالمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا لِمَا قَرَّرْنَاهُ فِي أُمِّ الوَلَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا حُجِرَ عَلَى المَأْذُونِ لَهُ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ مِنَ المَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَمَعْنَاهُ أَنْ يُقِرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لِغَيْرِهِ أَوْ غَصْبٌ مِنْهُ أَوْ

في أكثر من قيمتها لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة على قيمتها.

قوله: إِذِ العَادَةُ مَا جَرَتْ بِتَحْصِينِ المُدَبَّرَةِ، - وبهذا وقع الفرق بينها وبين ما إذا استولد المأذون لها، حيث يكون الاستيلاد حجرًا لها دون التدبير - وَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَ حُكْمَيْهَا؛ لأن بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق، وحق العتق وإن كان لا يزيد في انفكاك الحجر فلا يؤثر في الحجر عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا حُجِرَ عَلَى المَأْذُونِ لَهُ فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ فِيمَا فِي يَدِهِ، إلى أن قال: وَمَعْنَاهُ أَنْ يُقِرَّ بِمَا فِي يَدِهِ أَنَّهُ أَمَانَةٌ لِغَيْرِهِ، وإنما احتاج إلى ذكر تأويل المسألة بقوله: وَمَعْنَاهُ؛ لأن مطلق الإقرار بما في يده إنما يفهم منه الغصوب والديون، لا الأمانات، فذكرَ بهذا أن معنى المسألة عام، فإنه كما يصح إقراره بما في يده في حق الغصوب والديون، فكذلك يصح في الأمانات، فلهذا المعنى قدم ذكر الأمانات لغيره على غيرها.

ثم اعلم أن في هذه المسألة مسائل اجتماعيته فلا بد من ذكرها، لينكشف المراد ويسهل المرتاد، وهي: أن إقرار هذا العبد الذي حُجر بعد الإذن لا يصدَّق في استهلاك رقبته بالاتفاق، حتى أنه إذا لم يف ما في يده بما عليه من الإقرار لا تباع رقبته فيه إجماعًا، وهو المراد من قوله: وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فيما انتزعه المولى من يده من مال اكتسبه وقت الإذن، وأخذه منه أو باعه ثم أقرَّ بشيءٍ من ذلك بعد الحجر لا يُصدَّق العبد فيه بالاتفاق، وكذلك لو كان الدين الذي وجب عليه وقت الإذن مستغرقـًا لما في يده، فأقرَّ بعد الحجر بدين عليه سواه، لا يصدق العبد فيه بالاتفاق، وكذلك لو كان الحجر ثابتًا عليه بسبب أن المولى باعه من آخر، ثم أقرَّ في يد المشتري بدين عليه لا يصدق فيه بالاتفاق، وكذلك لو كان في يده مال حصل له

يُقِرَّ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ فَيُقْضَى مِمَّا فِي يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ. لَهُمَا أَنَّ المُصَحِّحَ لِإِقْرَارِهِ إِنْ كَانَ الإِذْنَ فَقَدْ زَالَ بِالحَجْرِ، وَإِنْ كَانَ اليَدَ فَالحَجْرُ أَبْطَلَهَا؛ لِأَنَّ يَدَ المَحْجُورِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا أَخَذَ المَوْلَى

بالاحتطاب ونحوه فأقرَّ به لغيره لا يصدق فيه بالاتفاق.

وهذه المسائل الخمس كلها تصلح مقيسًا عليها لهما، ولكن ما ذكره من التعليل في «المبسوط»، و«الأسرار» لأبي حنيفة رحمه الله يصلح جوابًا لها كلها، فقال: والقياس أن لا يُصدَّق بعد الحجر في شيءٍ ممَّا في يده، ولكن استحسن أبو حنيفة رحمه الله فأقام أثر الإذن مقام الإذن في تصحيح إقراره، وهذا الأثر في المال الذي بقي في يده من الكسب الذي اكتسبَ وقت الإذن لا في رقبته؛ لأنه لا يد له في رقبته بعد الحجر، والإذن باق في حق ذلك الكسب؛ لأنه لو ارتفع لارتفع حكماً بالحجر، فإن اليد على الحقيقة باقية، وإنما يرتفع حكماً بالحجر إذا لم يكن عليه دين، فإنَّا أجمعنا أنه متى كان عليه دين فالمولى محجور عن إبطال يده ما لم يوفِّ الدين، ولمَّا كان ولاية الإبطال عليه بشرط عدم الدين لم يحكم بنفاذه ما لم يثبت العدم بدليله، ولم يكتفِ بعدم ثابت بعدم أدلة الثبوت كمن يقول لعبده: إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر، فمضى اليوم لم يعتق إذا ادعى المولى الدخول، وإن كان الأصل هو العدم وهو ثابت بعدم دليل الدخول؛ لأن العدم جعل شرطاً لثبوت العتق فلم ينفذ العتق بعدم ثابت بعدم دليل الدخول، فكذا هذا، وإذا لم يثبت الحجر بمثل هذا العدم بقي الكسب على الإذن في حق الدين، فصار كما لو لم يحجر عليه فيه بقدر ما بقي.

قوله: لِأَنَّ يَدَ المَحْجُورِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ، فإن قلتَ: يُشكل على هذا ما ذكره في وديعة «المبسوط» بقوله: عبد استودع رجلًا وديعة ثمَّ غاب، لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجرًا كان العبد أو محجورًا عليه، فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته، بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح، وألقته في حجر رجل؛ لأن فائدة عدم اعتبار اليد هيَ أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة، ولم يُجعل كذلك فعُلِم بِهذا أن ليده اعتبارًا وإن كان محجورًا، والدليل على هذا ما ذكره الإمام الأستروشني رحمه الله في وديعة «أحكام الصغار» في تعليل

كَسْبَهُ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ أَوْ ثَبَتَ حَجْرُهُ بِالبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعْدَ الحَجْرِ، وَلَهُ أَنَّ المُصَحِّحَ هُوَ اليَدُ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ إِقْرَارُ المَأْذُونِ

هذه المسألة فقال: لأن العبد آدمي له يد حكمية، فلا يكون لمولاه أن يأخذ من المودع ما لم يحضر العبد.

قلتُ: تلك المسألة مؤوَّلة، ذكر تأويلها في الفصل الثالث عشر من وديعة «الذخيرة» فقال: وهذا إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد، وأمَّا إذا علم أنه كسب العبد فللمولى حق الأخذ، وكذلك إذا لم يعلم أنَّها كسب العبد ولكن علم أنَّها مال المولى، كان للمولى أن يأخذ.

قوله: أَوْ ثَبَتَ حَجْرُهُ بِالبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ، أي: من غير العبد وهو المشتري، أو من غير نفسه أي: نفس المولى، بأن بيع العبد المأذون وفي يده اكتساب فأقرَّ بها لغير المولى فإنه لا يُصدَّق عليه، وذكر في «الأسرار» في تعليل أبي حنيفة رحمه الله: وهذا بخلاف ما إذا باع المولى عبده المأذون وفي يده كسب فأقرَّ به فإنه لا يصح؛ لأنه صار كعبد آخر فيما يجدد الملك فيه.

قوله: وَلِهَذَا لا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ فِي حَقِّ الرَّقَبَةِ بَعْدَ الحَجْرِ، أي: لا يصح إقراره بالدين في حق رقبته، حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الإقرار، بخلاف ما إذا أقرَّ بالدين في حال بقاء الإذن حيث كان يتعدى أثر ذلك الإقرار إلى رقبته؛ لأنه إذا لم يف كسبُه لقضاء ذلك الدين كان تباع رقبته بسببه، وأمَّا بعد الحجر فلا.

وجواب أبي حنيفة رحمه الله عن هذا ما ذكرنا أنه أقام أثر الإذن مقام الإذن في تصحيح إقراره، وهذا الأثر في المال الذي في يده لا في رقبته؛ لأنه لا بدَّ له في رقبته بعد الحجر، فإنه لو ادعى إنسان رقبته لم يكن هو خصمًا له، وإنما كانت تباع رقبته حال الإذن لصحة الإقرار بقيام الإذن لا باليد، وقد بطل الإذن بالحجر، فأمَّا في حق الكسب فكان يملك التصرف فيه والصرف إلى دينه بالإذن، ويد الإذن باقية فيما في يده في حق التصرف فيه، وأمَّا إذا لم تتبدل اليد في حقه بالحجر، بل بقيت يد الإذن في حقه بقيت بحكمها وهو صحة الإقرار به.

قوله: وَلَهُ أَنَّ المُصَحِّحَ هُوَ اليَدُ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ إِقْرَارُ المَأْذُونِ فِيمَا أَخَذَهُ المَوْلَى

فِيمَا أَخَذَهُ المَوْلَى مِنْ يَدِهِ وَاليَدُ بَاقِيَةٌ حَقِيقَةً، وَشَرْطُ بُطْلَانِهَا بِالحَجْرِ حُكْمًا فَرَاغُهَا عَنْ حَاجَتِهِ، وَإِقْرَارُهُ دَلِيلُ تَحَقُّقِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْتَزَعَهُ المَوْلَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَوْلَى ثَابِتَةٌ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا تَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ، وَكَذَا مِلْكُهُ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ؛ لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ تَبَدَّلَ بِتَبَدُّلِ المِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ فَلَا يَبْقَى مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ المِلْكِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا

مِنْ يَدِهِ، فلمَّا لم يصح إقراره في ذلك مع كونه مأذونـًا دلَّنا ذلك على أن المصحح للإقرار بالدين فيما في يده هو اليد دون الإذن، وَاليَدُ بَاقِيَةٌ كما كانت؛ لأن الكلام فيه فيصح إقراره بالدين فيه.

قوله: فَلَا تَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ، أي: فلا تبطل يد المولى التي هي ثابتة على ذلك المال المتبرع، من يد العبد حقيقةً وحكمـًا بسبب إقرار العبد بذلك المال لغير المولى.

قوله: وَكَذَا مِلْكُهُ ثَابِتٌ فِي رَقَبَتِهِ - أي: ملك المولى ثابت في رقبة العبد - فَلَا يَبْطُلُ بِإِقْرَارِ العبد مِنْ غَيْرِ رِضَا المولى.

قوله: وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ، أي: باع المولى العبدَ من آخر وفي يده كسبه فأقر به لغير المولى لا يصدق، وهذا جواب عن قوله: أَوْ ثَبَتَ حَجْرُهُ بِالبَيْعِ مِنْ غَيْرِهِ.

قوله: لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ تَبَدَّلَ، أي: حكمـًا لا حقيقةً، فإن العبد بعينه قائم حقيقةً ولكن تبدَّل حكمـًا؛ لأن اختلاف الأسباب ينزل منزلة اختلاف الأعيان، كما في حديث بريرة رضي الله عنه، وهو المراد بقوله: عَلَى مَا عُرِفَ.

قوله: فَلَا يَبْقَى مَا ثَبَتَ بِحُكْمِ المِلْكِ، أي: لا يبقى للعبد من حكم الإذن أصلًا الذي كان ثابتـًا عليه للمَوْلى بحكم أنه ملك المَوْلى.

قوله: وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيمَا بَاشَرَهُ قَبْلَ البَيْعِ، هذا لإيضاح قوله: أَنَّ العَبْدَ قَدْ

فِيمَا بَاشَرَهُ قَبْلَ البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِذَا لَزِمَتْهُ دُيُونٌ تُحِيطُ بِمَالِهِ وَرَقَبَتِهِ لَمْ يَمْلِكَ المَوْلَى مَا فِي يَدِهِ. وَلَوْ أَعْتَقَ مِنْ كَسْبِهِ عَبْدًا لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ وَيَعْتِقُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ)؛ لِأَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُ المِلْكِ فِي كَسْبِهِ وَهُوَ مِلْكُ رَقَبَتِهِ وَلِهَذَا يَمْلِكُ إِعْتَاقَهَا، وَوَطْءَ الجَارِيَةِ المَأْذُونِ لَهَا، وَهَذَا آيَةُ كَمَالِهِ، بِخِلَافِ الوَارِثِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ

تَبَدَّلَ؛ لأنه كما لا يكون العبد خصمًا فيما باشره العبد الآخر، فكذلك هذا العبد بعد أن باعه المولى، وقوله: قَبْلَ البَيْعِ، ظرف لقوله: بَاشَرَهُ، لا لقوله: لَمْ يَكُنْ خَصْمًا، أي: لم يبق العبد خصمًا في المعاملات التي باشرها قبل أن باعه المولى من آخر من التَّسليم، والتسلُّم، والرد بالعيب، وسائر الحقوق.

وذكر في «المبسوط»: ولأن صحة إقراره بالبيع قبل البيع باعتبار أنه هو الخصم في بقاء تجارته، وقد انعدم ذلك بالبيع حتى لا يكون لأحد ممَّن عامله أن يخاصمه بعد ما باعه المولى في عيب ولا غيره، فلا يصح إقراره بعد ذلك في حال رقِّه، ولكنه يُؤاخذ به إذا أعتق فيما هو دين عليه من ذلك؛ لأنه مخاطب فإقراره صحيح في حكم الالتزام في ذمته ولكن لم يطالب به لحق المولى، فإذا سقطَ حقه بالعتق أخذ بجميع ذلك، فالعبد الصغير في جميع ذلك بمنزلة الكبير، إلا أنه لا يؤاخذ به بعد العتق؛ لأنه غير مخاطب فلا يكون التزامه صحيحًا في حق نفسه.

وكذا أيضـًا ذكر في «الأسرار» وقال: وكذلك على هذا الاختلاف الصبيُّ الحر يحجر عليه وليُّه فأقرَّ وفي يده كسب إذنه؛ لأنه بالإذن يلتحق بالبالغ حكمـًا لزوال الحجر، وللمولى حق الحجر واسترداد ما في يده بشرط أن لا يكون عليه دين كما في العبد، بل هذا أَوْلَى؛ لأن الملك له حقيقةً.

قوله: وَهَذَا آيَةُ كَمَالِهِ، - أي: آية كمال ملكه في الرقبة - بِخِلَافِ الوَارِثِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُوَرِّثِ؛ لأن الميت استغنى عن المال فيُصرف إلى أقرب الناس إليه، ولهذا

المِلْكُ لَهُ نَظَرًا لِلْمُوَرِّثِ وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ عِنْدَ إحَاطَةِ الدَّيْنِ بِتَرِكَتِهِ. أَمَّا مِلْكُ المَوْلَى فَمَا ثَبَتَ نَظَرًا لِلْعَبْدِ. وَلَهُ أَنَّ مِلْكَ المَوْلَى إنَّمَا يَثْبُتُ خِلَافَةُ عَنِ العَبْدِ عِنْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَتِهِ كَمِلْكِ الوَارِثِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ وَالمُحِيطُ بِهِ الدَّيْنُ مَشْغُولٌ بِهَا فَلَا يَخْلُفُهُ فِيهِ، وَإِذَا عُرِفَ ثُبُوتُ المِلْكِ وَعَدَمُهُ فَالعِتْقُ فُرَيْعَتُهُ، وَإِذَا نَفَذَ عِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ.

يقدم الأقرب فالأقرب؛ لما أن صرفه إلى الأقرب نفعٌ له، ومتى كان عليه دين كان تقديم الغريم على الوارث أنفع للميت؛ لأن قضاء الدين فرض عليه والميراث صلة، فلذلك قدَّم الغريم على الوارث.

وأمَّا هاهنا فوقوع كسب العبد للمولى لا بطريق النظر للعبد، بل لاستحالة ثبوت ملك الرقبة للعبد؛ لأنه مملوك مالًا فيستحيل أن يكون مالكًا له، فلذلك يخلفه المولى في حق ملك الرقبة، وهذا المعنى لا يختلف مع قيام الدين وعدمه.

وقوله: وَالنَّظَرُ فِي ضِدِّهِ، أي: في ضد ثبوت الملك للوارث.

قوله: كَمِلْكِ الوَارِثِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، أي: في مسألة تعلق الدين بكسبه في قوله: وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ، وفي مسألة الإذن في نوع.

قوله: وَالمُحِيطُ بِهِ الدَّيْنُ مَشْغُولٌ بِهَا - أي: بحاجة العبد - فَلَا يَخْلُفُهُ فِيهِ، أي: فلا يخلف المولى العبد في ذلك الكسب المحيط به الدين، بل يُصرف إلى حاجة العبد وهو دينه كما في مسألة الوارث، يعني: كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة، فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى؛ وهذا لأن الخلافة في الموضعين جميعًا باعتبار انعدام الأهلية للملك في الكسب، فالميت ليس بأهل للمالكيه كالرقيق؛ لأن المالكية عبارة عن القدرة والاستيلاء، والموت ينافي ذلك كالرق بل أظهر، فالرق ينافي مالكية المال دون النكاح والموت ينافيهما جميعًا، ثم لقيام حاجة الميت إلى قضاء ديونه جعل

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ مُحِيطًا بِمَالِهِ جَازَ عِتْقُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَى عَنْ قَلِيلِهِ، فَلَوْ جُعِلَ مَانِعًا لَانْسَدَّ بَابُ الِانْتِفَاعِ بِكَسْبِهِ فَيَخْتَلُّ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْإِذْنِ وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ مِلْكَ الْوَارِثِ وَالْمُسْتَغْرَقُ يَمْنَعُهُ.

الميت كالمالك حكماً، حتى لا يملك الوارث كسبه، فكذلك العبد لقيام حاجته يُجعل كالمالك له حكماً، كذا ذكر هذه المسألة في أواخر باب بيع المولى عبده المأذون، وهو الباب الثالث عشر من مأذون «المبسوط».

فإن قلتَ: ما جواب أبي حنيفة رحمه الله عمَّا لو قالا: إن كسب العبد المأذون المديون بمنزلة الرقبة، من حيث أن حق الغريم فيه تقدَّم على حق المولى، ثم قيام الدين عليه لا ينافي ملك المولى في رقبته، فيجبُ أن لا ينافي ملكه في كسبه؛ لما أن الكسب يُملك بملك الرقبة، والتعليل بحاجة العبد لمنع ملك المولى عن كسبه لا يصح؛ لأن حاجته إلى النفقة والكسوة قائمة، وتلك الحاجة لم تمنع ملك المولى في كسبه، فكذلك حاجته إلى قضاء الدين ينبغي أن لا يمنع ملك المولى في كسبه؛ ولأن المولى لو وطئ جارية عبده المأذون وعليه دين محيط برقبته، فجاءت بولد فادَّعاه ثبتَ نسبه بالاتفاق، ولا يغرم عقرها لا قليلًا ولا كثيرًا، ولو لم يملك كسب عبده المديون لكانت الأحكام على العكس.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأول فنقول: إن كسبه ليس نظير رقبته؛ لأن المولى لا يخلفه في ملك رقبته، بل كان مالكـًا لرقبته لا بالاكتساب من العبد، فبقي ملكه في الرقبة بعد لحوق الدين فكان في هذا نظير المكاتَب، فالمولى مَلَكَ رقبته حتى نفذ منه العتق في رقبته، وتؤدي به كفارته، ولا يملك كسبه لقيام حاجته فيه، فكذلك في العبد المديون لا يملك كسبه وإن كان يملك رقبته، فعُلِم بهذا أن ملك الرقبة غير مستلزم لملك الكسب لوجود دليل المفارقة.

وأمَّا عن الثاني: فالحاجة إلى قضاء الدين من كسبه ليست كالحاجة إلى الطعام والكسوة، فإن الرقيق لا يحتاج إلى ذلك؛ لأنه يستوجب النفقة على المولى إذا لم يكن له كسب، وأمَّا الدين فلا يؤديه المولى، فلم تكن حاجته إلى الكسب في حق قضاء الدين مثل حاجته إلى الطعام والكسوة، فلا يتقاسان.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ)؛ لِأَنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ عَنْ كَسْبِهِ إذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِكَسْبِهِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ مُطْلَقًا)؛

وأمَّا عن الثالث: فإن الغرماء يملكون كسبه من حيث المالية لا من حيث العين، فإن للمولى حق التملّك، واستخلاص الملك فيه بأداء الدين من محل آخر، فكان حاله أقوى من حال الأب، ثم إذا استولد الأب جارية ابنه ثبتَ نسبه ويملك الجارية بالقيمة، ولم يغرم من العقر شيئًا، فكذا هاهنا، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ ... إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وإنما قيَّد بالدين؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيع العبد المأذون شيئًا من مولاه، ولا بيع مولاه شيئًا منه، هكذا نصَّ في «المغني» في الفصل التاسع من المأذون، وقال: إذا باع العبد المأذون المديون شيئًا من أكسابه من المولى بمثل قيمته جاز، وإن لم يكن مديونًا لا يجوز.

وقد ذكرنا في البيوع مثل ذلك منقولًا من «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله، وممَّا يؤيّد هذا ما ذكره في أواسط مأذون «شرح الطحاوي» فقال: إذا باع المولى داره من أجنبي، أو اشترى من أجنبي دارًا، والعبد المأذون له في التجارة شفيعها، وكان عليه دين كان له الشفعة؛ لأنه يأخذها للغرماء، وإن لم يكن عليه دين فلا شُفعة له؛ لأنه يأخذها للمولى، إلى أن قال: وإن كان المَوْلى باع من عبده المأذون دارًا، أو اشتراها من عبده، فإنه ينظر إن لم يكن على العبد دين لم يصح البيع والشراء، ولا شفعة في هذا البيع للشفيع، وإن كان العبد عليه دين صحَّ البيع، وإن كان البيع والشراء بمثل القيمة، أو خُيِّر العبد فللشفيع فيه الشفعة، وإن كان شراءً للعبد فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يكون فاسدًا، ولا شفعة في البيع الفاسد قلَّت محاباة العبد أو كثرت، وعندهما القليل معفو وفيه الشفعة، والكثير غير معفو فلا شفعة فيها.

قوله: وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ، أي: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ؛ فإن عندهما يَجُوزُ هذا البَيْعُ، وَيُخَيَّرُ المَوْلَى، على ما يجيء، يعني: وإن باع العبد المأذون المديون شيئًا من مولاه بنقصان من قيمته أيُّ نقصان كان، سواءً كان يسيرًا أو فاحشًا، لم يجز عند أبي حنيفة.

لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجْنَبِيَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِيهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ مِنَ الْوَارِثِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ حَيْثُ لا يَجُوزُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمِ الِاسْتِخْلَاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ.

قوله: لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي حَقِّهِ، - أي: لأن العبد متهم في حق المولى - بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجْنَبِيَّ، أي: هناك يجوز سواءٌ كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة، فكان قوله: بِخِلَافِ، متعلقًا بقوله: لَمْ يَجُزْ.

قوله: لِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِيهِ، فإن قيل: احتمال التهمة فيه أيضاً موجود، قلنا: مجرد الاحتمال لا يعتبر، وإنما المعتبر الاحتمال الناشئ عن الدليل.

قوله: وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ، وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة وهو قوله: وَإِذَا بَاعَ مِنَ الْمَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ قِيمَتِهِ جَازَ، هذا على تقدير الواو في قوله: وَبِخِلَافِ، ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به، وهو قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا حَابَى الْأَجْنَبِيَّ، أي: أنه يجوز في كل حال، أعني إذا كانت المحاباة يسيرةً، أو فاحشةً، أو كان البيع بمثل القيمة، وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الأحوال، وهذا أوْجه، ولكن النسخة بالواو تأباه.

قوله: حَتَّى كَانَ لِأَحَدِهِمِ الِاسْتِخْلَاصُ بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ، يعني: إذا كان الدين مستغرقاً للتركة، ورضي بعض الورثة بأن يدفع التركة إلى الغرماء، كان للباقي من الورثة أن يستخلص التركة لنفسه بِأَدَاءِ قِيمَتِهِ، أي: قيمة التركة بتأويل المتروك، أو المال.

وذكر هذه المسألة في «المبسوط» في باب العبد المأذون يدفع إليه مولاه مالًا يعمل به، وذكر مسألة الاستخلاص في حق القسمة فيما بين الورثة بعدم جواز الاستخلاص، وهو يصلح حجة لمسألتنا هذه أيضاً؛ لأن المدَّعى في مسألتنا هذه أن حق الغرماء في مالية التركة لا في عينها بخلاف الورثة، فإن حقهم في عين التركة، وهذا المدعى يستفاد ممَّا ذكر

أَمَّا حَقُّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ لا غَيرَ فَافْتَرَقَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إنْ بَاعَهُ

في «المبسوط» حيث قال:

منع المريض من هذا التصرف، أي: من تصرف بيع ماله من وارثه وإن كان بمثل القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله لحق سائر الورثة؛ لأن حقهم متعلق بعين ماله، حتى لو أراد بعض الورثة استخلاص شيءٍ لنفسه وأداء القيمة إلى الآخر ليس له ذلك؛ لأن في هذا التصرف إيثار البعض على البعض، وذلك لا يجوز.

قوله: أَمَّا حَقُّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ، دون العين، ألا ترى أن للمولى أن يستخلص أكسابه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر، وليس في البيع بمثل القيمة إبطال حقهم عن شيءٍ من المالية، فإذا أجاز البيع طالب العبدُ مولاه بالثمن لحق غرمائه، سواء سلَّم إليه المبيع أو لم يسلَّم؛ لأن المولى في هذه الحالة كالأجنبي من كسبه لحق غرمائه، ولو حابى فيه بما يتغابن الناس فيه، أو بما لا يتغابن الناس فيه فهو سواءٌ، ويقال للمولى: أنت بالخيار إن شئت فانقض البيع، وإن شئت فأدِّ جميع قيمة ما اشتريت، وخذ ما اشتريت؛ لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء عن شيءٍ من المالية، والعبد في ذلك متهم في حق المولى، والمحاباة اليسيرة والفاحشة في ذلك سواءٌ كما في حق المريض؛ لأن تصرفه ما كان بتسليط من الغرماء، وإنما يتخيَّر المولى؛ لأنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامه.

وقيل: هذا قولهما، فأمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله البيع فاسد بمنزلة بيع المريض من وارثه، فإن هناك لمَّا تمكنت تهمة الإيثار في تصرفه فسد البيع عنده، فكذلك هاهنا، بخلاف البيع بمثل القيمة، والأصح أن هذا قولهم جميعًا؛ لأن العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الأجنبي، هذا كله من «المبسوط».

فعلى هذا ما ذكره في الكتاب بقوله: (وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ، أي: عند أبي حنيفة رحمه الله، وما ذكره من تخصيص قولهما بقوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ البَيْعُ، وَيُخَيَّرُ المَوْلَى، إلى آخره وقع على غير الأصح فيما اختاره من «المبسوط».

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ، أي: باع العبد

بِنُقْصَانٍ يَجُوزُ البَيْعُ، وَيُخَيَّرُ المَوْلَى إِنْ شَاءَ أَزَالَ المُحَابَاةَ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ البَيْعَ، وَعَلَى المَذْهَبَيْنِ اليَسِيرُ مِنَ المُحَابَاةِ وَالفَاحِشُ سَوَاءٌ. وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الامْتِنَاعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الغُرَمَاءِ وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، وَهَذَا بِخِلَافِ البَيْعِ مِنَ الأَجْنَبِيِّ بِالمُحَابَاةِ اليَسِيرَةِ حَيْثُ يَجُوزُ وَلَا يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، وَالمَوْلَى يُؤْمَرُ بِهِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ بِاليَسِيرِ مِنْهُمَا مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ التَّبَرُّعِ وَالبَيْعِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَاعْتَبَرْنَاهُ تَبَرُّعًا

المأذون المديون شيئًا من مولاه بنقصان قيمته، أيّ نقصان كان من اليسير والفاحش يجوز عندهما، ولكن يخيّر المولى على ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَعَلَى المَذْهَبَيْنِ اليَسِيرُ مِنَ المُحَابَاةِ وَالفَاحِشُ سَوَاءٌ، أي: وعلى مذهب أبي حنيفة رحمه الله ومذهب صاحبيه كلتا المحاباتين سواءٌ، أي: على مذهب أبي حنيفة رحمه الله إذا باع العبد المأذون المديون من مولاه شيئًا، وحابى يسيرًا أو فاحشًا لا يجوز أصلًا، فحينئذٍ لا ترد مسألة التخيير على قوله، وعندهما كلتا المحاباتين في هذه الصورة تجوز، ولكن يخيّر المولى بين إزالة المحاباة وبين نقض البيع، هذا إذا باع العبد المديون من مولاه شيئًا وحابى.

وأمَّا إذا باع شيئًا من الأجنبي وحابى فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجوز كيف ما كان في الصور الثلاث، أعني: باعه بمثل القيمة، أو بالمحاباة اليسيرة، أو بالفاحشة على ما ذكرنا، ولا يُؤمر الأجنبي أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة، وأمَّا عندهما فإن باعه من أجنبي بمثل القيمة، أو بالمحاباة اليسيرة يجوز، ولا يُؤمر المشتري أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة، بخلاف ما لو باع من مولاه شيئًا وحابى مطلقًا، حيث يُؤمر المولى أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة عندهما، وأمَّا إذا باع من الأجنبي شيئًا بالمحاباة الفاحشة فعندهما لا يجوز البيع أصلًا، وإن كان بلغ الأجنبي الثمن إلى تمام القيمة، كذا في «المغني».

قوله: وَبِهَذَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ عَنْهُمْ، أي: وبالقول بجواز البيع مع التخيير.

قوله: لِأَنَّ البَيْعَ بِـ - الغبن - اليَسِيرِ مِنْهُمَا، أي: من المولى والأجنبي.

فِي البَيْعِ مَعَ المَوْلَى لِلتُّهمَةِ غَيْرَ تبرُّعٍ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لِانْعِدَامِهَا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ بِالكَثِيرِ مِنَ المُحَابَاةِ حَيْثُ لا يَجُوزُ أَصْلًا عِنْدَهُمَا، وَمِنَ المَوْلَى يَجُوزُ وَيُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ؛ لِأَنَّ المُحَابَاةَ لا تَجُوزُ مِنَ العَبْدِ المَأْذُونِ عَلَى أَصْلِهِمَا إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَى، وَلا إِذْنَ فِي البَيْعِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ وَهُوَ إِذْنٌ بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، غَيْرَ أَنَّ إِزَالَةَ المُحَابَاةِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ، وَهَذَانِ الفَرْقَانِ عَلَى أَصْلِهِمَا.

قَالَ: (وَإِنْ بَاعَهُ المَوْلَى شَيْئًا بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ أَقَلَّ جَازَ البَيْعُ)؛ لِأَنَّ المَوْلَى أَجْنَبِيٌّ عَنْ كَسْبِهِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلا تُهْمَةَ فِي هَذَا البَيْعِ؛ وَلِأَنَّهُ مُفِيدٌ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي كَسْبِ العَبْدِ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ وَيَتَمَكَّنُ المَوْلَى مِنْ أَخْذِ الثَّمَنِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ هَذَا التَّمَكُّنُ وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ تَتْبَعُ الفَائِدَةَ (فَإِنْ سَلَّمَ المَبِيعَ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ

قوله: بِمُبَاشَرَتِهِ بِنَفْسِهِ، بأن يشتري المولى بنفسه من عبده.

قوله: وَهَذَانِ الفَرْقَانِ، بلفظ التثنية، أحدهما: في حق المحاباة اليسيرة بين المولى وبين الأجنبي، حيث لا يؤمر الأجنبي بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر عندهما، والثاني: في حق المحاباة الفاحشة بين المولى وبين الأجنبي، حيث لا يجوز بيعه من الأجنبي مع المحاباة الفاحشة أصلًا عندهما، ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الفاحشة، ولكن يُؤمر المولى بإزالة المحاباة هاهنا أيضـًا كما في اليسيرة.

وفي بعض النسخ: وَهَذَا الفَرْقَانِ، على الإفراد، ولكن الأول أصح؛ لوجود هذين الفرقين على قولهما، وكونه مثبتًا في النُّسخ المصحَّحَة.

وأمّا على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلا يحتاج إلى هذا الفرق؛ لأنه لا يجوز بيعه من المولى بنوعي المحاباة أصلًا، على ما هو اختيار رواية الكتاب، وقد ذكرناه.

قوله: فَإِنْ سَلَّمَ المَبِيعَ إِلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ بَطَلَ الثَّمَنُ، هذا إذا باع المولى من عبده

بَطَلَ الثَّمَنُ)؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى فِي الْعَيْنِ مِنْ حَيْثُ الْحَبْسُ، فَلَوْ بَقِيَ بَعْدَ سُقُوطِهِ يَبْقَى فِي الدَّيْنِ وَلَا يَسْتَوْجِبُهُ الْمَوْلَى عَلَى عَبْدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَجَازَ أَنْ يَبْقَى حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِالعَيْنِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَمْسَكَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ جَازَ)؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَهُ حَقُّ الْحَبْسِ فِي الْمَبِيعِ وَلِهَذَا كَانَ أَخَصَّ بِهِ مِنَ الْغُرَمَاءِ، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي الدَّيْنِ إِذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ

المديون شيئـًا، وأمَّا إذا باع العبد المديون من مولاه شيئـًا وسلَّم المبيع إلى المولى قبل أن يأخذ الثمن من المولى فلا يسقط الثمن عن المولى؛ لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون المديون على مولاه دين، ألا ترى أنه لو استهلك المَوْلى شيئـًا من أكساب عبده في هذه الحالة ضمن مثله للعبد، ولمَّا كان كذلك لا يسقط الثمن من مولاه كما لا يسقط الثمن عن المشتري الأجنبي، كذا في «المغني».

ثم قوله: بَطَلَ الثَّمَنُ عند تسليم المولى المبيع، جواب ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله قال: هذا إذا استهلك العبد المقبوض، وأمَّا إذا كان المبيع قائمًا في يده فللمولى أن يستردَّه حتى يستوفي الثمن من العبد؛ لأن المولى إنما أسقطَ حقه من العبد بشرط أن يسلم له الثمن، ولم يسلم فيبقى حقه في العين على حاله، ويتمكن من استرداده ما بقيت العين؛ لأنه يجوز أن يكون ملك العين في يد عبده، فكذلك يجوز أن يكون له ملك اليد فيه، فأمَّا بعد الاستهلاك صار دينًا، فوجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب، كذا في باب العبد المأذون يدفع إليه مولاه مالًا، من مأذون «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا، أي: حينئذٍ يستوجب المولى على عبده ذلك بالأخذ.

وفي «المبسوط»: ولو كان الثمن عروضـًا كان المولى أحق بذلك من الغرماء؛ لأنه بالعقد مَلكَ العرض بعينه، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره، وهو أحق به من الغرماء.

قوله: وَإِنْ أَمْسَكَهُ، أي: أمسك المولى المبيع الذي باعه من عبده.

قوله: حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ - منه - جَازَ، ذكر هذه المسألة لدفع شبهة ترد على **قوله:**

بِالعَيْنِ (وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ أَوْ بِنَقْضِ البَيْعِ) كَمَا بَيَّنَّا فِي جَانِبِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى المَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فَعِتْقُهُ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ

وَلَا يَسْتَوْجِبُ المَوْلَى - الدين - عَلَى عَبْدِهِ، بأن يقال: لمَّا لم يستوجب المولى على عبده الدين ينبغي أن لا يتفاوت ذلك قبل أن يسلم المبيع إلى العبد، وبعد أن يسلمه إليه فبيَّن الفرق بينهما بهذه المسألة.

وفي «المبسوط»: وللمولى أن يمنعه المبيع حتى يستوفي الثمن كما لو باعه من مكاتبه؛ وهذا لأن البيع يزيل العين عن ملك البائع، ولا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن، فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان حتى يستوفي الثمن.

قوله: وَلَوْ بَاعَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ - أي: باع المولى شيئًا من عبده المديون بأكثر من قيمته - يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ - أي: يؤمر المولى بإزالة محاباة العبد في الثمن - أَوْ بِنَقْضِ البَيْعِ، وهذا اللفظ يدل على أن هذا البيع جائز حتى أمر المولى بذلك، كما ذكر قولهما فيما إذا باع العبد من مولاه بالمحاباة.

ثم إطلاق لفظ الأمر بالمحاباة هاهنا من غير ذكر الخلاف بين علمائنا الثلاثة وقع على اختيار رواية «المبسوط»، بأن هذا البيع مع المحاباة جائز مع تخيير المولى بين إزالة المحاباة ونقض البيع، وأمَّا على اختيار صاحب الكتاب، وهو رواية «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله أن هذا البيع لا يجوز أصلًا عند أبي حنيفة رحمه الله، كما ذكر في الكتاب فِي جَانِبِ العَبْدِ بقوله: وَإِنْ بَاعَهُ بِنُقْصَانٍ لَمْ يَجُزْ، وكذلك لو باع المولى من عبده شيئًا بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يرد التخيير، وعندهما يجوز مع أمر التخيير.

ثم قوله: بِأَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ، يتناول القليل والكثير، أي: يؤمر المولى بِإِزَالَةِ المُحَابَاةِ، أَوْ بِنَقْضِ البَيْعِ سواء كانت المحاباة قليلةً أو كثيرةً، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى المَأْذُونَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فَعِتْقُهُ جَائِزٌ، أي: إعتاقه جائز.

وَالمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ بَيْعًا وَاسْتِيفَاءً مِنْ ثَمَنِهِ (وَمَا بَقِيَ مِنَ الدُّيُونِ يُطَالَبُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ)؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّتِهِ وَمَا لَزِمَ المَوْلَى إِلَّا بِقَدْرِ مَا أَتْلَفَ ضَمَانًا فَبَقِيَ البَاقِي عَلَيْهِ كَمَا كَانَ (فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ضَمِنَ الدَّيْنَ لا غَيْرَ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ بِقَدْرِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلَدِ المَأْذُونِ لَهُمَا وَقَدْ رَكِبَتْهُمَا دُيُونٌ؛ لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِمَا اسْتِيفَاءً بِالبَيْعِ فَلَمْ يَكُنِ

اعلم أن لهذه المسألة قيود:

أحدها: أن المولى بالإعتاق يضمن للغرماء الأقل من قيمة العبد ومن الدين.

والثاني: أن دينه إذا كان أكثر من قيمته يضمن المولى قيمته بالغة ما بلغت، وإن كانت قيمته عشرين ألفًا أو أكثر.

والثالث: أن ضمان المولى بالإعتاق لا يتفاوت بين أن يكون المولى عالماً بدين العبد أو لم يكن عالماً به.

والرابع: أن هذا الدين الذي حكمه كذا، سواء وجب ذلك الدين على العبد بسبب التجارة، أو الغصب، أو جحود الوديعة، أو إتلاف المال.

والخامس: أن هذا الضمان على المولى في إعتاق العبد القن المديون، وأمَّا في إعتاق المدبر، وأم الولد المأذون لهما فلا ضمان عليه، وإن كانا مديونين على ما هو المذكور في الكتاب.

فصار فصل إعتاق العبد المديون مخالفًا لفصل إعتاق العبد الجاني في الضمان بوجهين:

أحدهما: أن في مسألة إعتاق العبد المديون عِلْم المولى بدينه وعدم عِلْمه سواء في حكمه، وفي إعتاق العبد الجاني يفرّق بين علم المولى بجنايته وعدم علمه بها، فإنه لو كان عالمًا بالجناية كان مختارًا للفداء، والفداء الدية إن كان المقتول حرًّا، أو قيمة المقتول إن كان عبدًا، إلا أن يزيد على عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة، وإن لم يعلم المولى بالجناية فأعتقه غرُم قيمة القاتل بالغة ما بلغت، إذا لم تبلغ قيمته عشرة آلاف درهم، وأمَّا إذا كانت عشرة آلاف أو أكثر فإنه يضمن عشرة آلاف درهم إلا عشرة، ولا يضمن قيمته بالغة

الْمَوْلَى مُتْلِفًا حَقَّهُمْ فَلَمْ يَتَضَمَّنْ شَيْئًا.

قَالَ: (وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَغَيَّبَهُ، فَإِنْ شَاءَ

ما بلغت، وفي مسألة المديون يضمن قيمة عبده بالغة ما بلغت، وإن زادت على عشرة آلاف درهم، وإن لم يعلم بدينه، وإنما كان هكذا؛ لأن المستحق في الدين مالية الرقبة تبعًا للدين، وإعتاق المولى إتلاف لذلك، فلزمه قيمته سواء كان عالمًا به أو غير عالم به بمنزلة إتلاف مال الغير، وأمَّا في الجناية المستحق في حق المولى أحد شيئين: الدفع والفِداء، وهو مخيَّر بينهما، وفي حكم الاختيار يختلف العلم وعدم العلم.

والثانِي من الوجهين: هو أن في مسألة إعتاق المديون يغرم قيمته بالغة ما بلغت؛ لأن استحقاق تلك القيمة عليه باعتبار سبب يستحق به المالية من شراء أو غصب، فيتقدَّر بقدر القيمة، وأمَّا في إعتاق الجانِي فوجبت القيمة باعتبار الجناية، وقيمة العبد بالجناية لا تزيد على عشرة آلاف درهم إلا عشرة.

وبيان فرق هذين الوجهين يُعرف وجوه ما ذكرنا من القيود؛ لأنه لمَّا كان المستحق في مسألة العبد المديون مالية الرقبة تبعًا للدين، كان إيجاب القيمة بحسب اعتبار المالية والدين فيجب أقلهما؛ لأنه هو المتيقن، وكذلك في إيجاب قيمته بالغة ما بلغت إذا كان الدين أكثر من القيمة؛ لأنه أتلف المالية بالإعتاق، وهذه المالية حق الغرماء فيضمنها لهم بالغة ما بلغت، كالراهن إذا أعتق المرهون والدين مؤجل، وكذلك لم يتفاوت بين العلم وعدمه؛ لأنه لمَّا كان هذا مُلحقًا بإتلاف مال الغير كان حكم هذا كحكمه، وهناك لم يختلف العلم وعدم العلم، فكذا هنا.

وأمَّا وجه القيد الرابع فقد ذكرنا قبل هذا بأن الغصب وإتلاف مال الغير ملحق بالتجارة؛ لما مرَّ أن المغصوب أو المحجور يصير مضمونًا عليه، وذلك الضمان يوجب الملك في المضمون، فكان من قبيل ضمان التجارة بهذه الواسطة، هذه الفوائد كلُّها مأخوذة من باب عتق المولى عبده المأذون، من مأذون «المبسوط»، ومن الفصل السادس من مأذون «المغني»، ومن الباب الثانِي من مأذون «الإيضاح».

قوله: وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِرَقَبَتِهِ، إلى آخره، اعلم أن مسألة بيع المولى

الغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءُوا ضَمَّنُوا المُشْتَرِيَ)؛ لِأَنَّ العَبْدَ تَعَلَّقَ بِهِ

العبد المأذون المديون على وجوه:

إمَّا إن باعه بإذن القاضي، أو الغرماء، أو بغير إذنهم، وإما إن كان دين العبد حالًّا أو مؤجلًا، وإما إن باعه بمثل القيمة، أو بأقل منها، فإن باعه بإذن القاضي عند طلب الغرماء ذلك لا ضمان على المولى في الوجوه كلها، وكذلك إذا كان الدين مؤجلًا، وكذلك إذا كان البيع بثمن يفي بديونهم ووصل الثمن إلى الغرماء، أمَّا لا ضمان على المولى إذا باعه بإذنهم؛ لأن الضمان لأجلهم، فإذنهم في البيع بمنزلة بيعهم بأنفسهم، ولو باشروا بأنفسهم لا ضمان على المولى، فكذلك إذا باعه بإذنهم، ثمَّ القاضي لو باعه بطلب الغرماء لا يبيعه إلا بمحضر من المَوْلَى؛ لأن في بيعه قضاء على المولَى باستحقاق مالية الرقبة وإزالة ملكه، والقضاء على الغائب لا يجوز، والعبد ليس بخصم عنه في ذلك؛ لأن للمولى حق استخلاص الرقبة بقضاء الدين من موضع آخر، فليس للقاضي أن يُبطل عليه هذا الحق بغير محضر منه، فأما إذا باعه بغير أمر القاضي والغرماء فبيعه باطل.

ثم اختلف المشايخ في قول محمد رحمه الله، في «الأصل»: أنه باطل، قال بعضهم: معنى قوله: باطل، أي: سيبطل؛ لأن البيع موقوف على إجازة الغرماء، وللغرماء حق إبطاله صيانةً لحقهم، وقال بعضهم: معناه فاسد، بدليل أنه قال في «الأصل»: إذا أعتقه المشترى من المَوْلى بعد القبض، أو دبَّره صح ذلك ويلزمه قيمته، ثم لو أجازوا البيع، أو قضاهم المولى الدين، أو كان في الثمن وفاءً بدينهم فأعطاهم نفذ البيع، لزوال المانع بوصول حق الغرماء إليهم، كالرَّاهن إذا قضى دين المرتهن نفذ البيع، وكذلك إن أجاز المرتهن البيع، فإن لم يكن شيءٌ من ذلك ولكنَّ الغرماء وجدوا المشتري والعبد في يده، ولم يجدوا البائع لم يكن المشتري خصمًا في نقض البيع في قول أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف رحمهم الله.

هذا كله فيما إذا باعه المولى حال غيبة الغرماء، ولو باعه حال حضرتهم فهو لا يخلو:

إما إن كان الدين مؤجلًا أو حالًّا، فلو كان الدين مؤجلًا على المأذون إلى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته، أو بأقل منها فبيعه جائز؛ لأنه باع ملكه وهو قادر على تسليمه؛ لأن حق الغرماء بسبب التأجيل يتأخر في المطالبة بقضاء الدين إلى حلول الأجل، فينفذ بيعه قبل

حَقُّهُمْ حَتَّى كَانَ لَهُمْ أَنْ يَبِيعُوهُ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَى دَيْنَهُمْ،

حلول الأجل.

فإن قيل: حق الغرماء في العبد المديون كحق المرتهن، وذلك يمنع الراهن من البيع سواء كان الدين حالًّا أو مؤجلًا، أو هو كحق الغرماء في مال المريض، وذلك يمنع التصرف المبطل لحقهم سواء كان الدين حالًّا أو مؤجلًا.

قلنا: لا كذلك، فللمرتهن في المرهون ملك اليد، وذلك قائم مقام التأجيل في الدين، وبه يعجز الراهن عن التسليم، وليس للغرماء ملك اليد في المأذون ولا في كسبه، وإنما لهم حق المطالبة بقضاء الدين، وذلك متأخر إلى ما بعد حلول الأجل، وتصرُّف المريض في ماله نافذ ما دام حيًّا، وبعد موته لا يبقى الأجل، ولهذا لا يتصرف الوارث في تركته ويُؤمر بقضاء الدين في الحال، فلمَّا لم يبق الأجل بعد موته كان الدين الحال والمؤجل في الحكم سواءً، وأمَّا هاهنا لا سبيل للغرماء على منع المولى من التصرف، أو مطالبته بشيءٍ حتى يحل دينهم، فإذا حلَّ ضمنوه قيمته؛ لأنه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية.

وأمَّا إذا كان الدين حالًّا فلهم أن يمنعوه من ذلك؛ لأن لهم حق المطالبة بقضاء الدين والاستسعاء فيه، وأمَّا إذا باعه بثمن يفي ديونهم، ووصل إلى الغرماء ثمنه، فليس لهم تضمين البائع على ما يجيء في الكتاب، هذا كله من بابي مأذون «المبسوط»: باب بيع القاضي، وباب بيع المولى عبده، و«الذخيرة».

فبهذا يُعلم أن قوله: وَإِنْ بَاعَهُ الْمَوْلَى، إلى أن قال: فَإِنْ شَاءَ الْغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا الْبَائِعَ قِيمَتَهُ، فيما إذا باعه بثمن لا يفي بديونهم، وبدون إذن الغرماء والدين حالٌّ، وأمَّا إذا كان بخلاف هذه الأشياء الثلاثة فلا ضمان على المولى، وقوله: فَإِنْ شَاءَ الْغُرَمَاءُ ضَمَّنُوا الْبَائِعَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءُوا ضَمَّنُوا الْمُشْتَرِيَ، أي: ضمنوا المشتري قيمته أيضًا، هكذا نصَّ في «المبسوط».

ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العبد أن لو ظفروا به، وإن ضمنوا البائع قيمته سلم المبيع الذي جرى بين البائع والمشتري لزوال المانع، وأيهما اختار الغرماء تضمينه برئ الآخر، حتى أنه لو تُويت القيمة

وَالبَائِعُ مُتْلِفٌ حَقَّهُمْ بِالبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَالمُشْتَرِي بِالقَبْضِ وَالتَّغْيِيبِ فَيُخَيَّرُونَ فِي التَّضْمِينِ (وَإِنْ شَاءُوا أَجَازُوا البَيْعَ وَأَخَذُوا الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ وَالإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالإِذْنِ السَّابِقِ كَمَا فِي المَرْهُونِ (فَإِنْ ضَمَّنُوا البَائِعَ قِيمَتَهُ ثُمَّ رُدَّ عَلَى المَوْلَى بِعَيْبٍ لِلْمَوْلَى أَنْ يَرْجِعَ بِالقِيمَةِ وَيَكُونَ حَقُّ الغُرَمَاءِ فِي العَبْدِ)؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَدْ زَالَ وَهُوَ البَيْعُ وَالتَّسْلِيمُ، وَصَارَ كَالغَاصِبِ إِذَا بَاعَ وَسَلَّمَ وَضَمِنَ القِيمَةَ ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بِالعَيْبِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى المَالِكِ وَيَسْتَرِدَّ القِيمَةَ كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَ المَوْلَى بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ بِالدَّيْنِ فَلِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَرُدُّوا البَيْعَ)

على الذي اختاروه لم يرجعوا على الآخر بشيء؛ لأن المخيَّر بين الشيئين إذا اختار أحدهما تعيَّن ذلك عليه، فإن ظهر العبد بعد ما اختاروا ضمان أحدهما فلا سبيل لهم عليه، إن كان القاضي قضى لهم بقيمة العبد على الذي اختاروا تضمينه ببينة أو بإباء يمين؛ لأن حقهم تحوَّل إلى القيمة بقضاء القاضي، وإن قضى عليه بقوله وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار، إن شاءوا رضوا بالقيمة، وإن شاءوا ردوها وأخذوا العبد فبيع لهم؛ لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم، وهو نظير المغصوب في ذلك، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالبَائِعُ مُتْلِفٌ حَقَّهُمْ بِالبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَالمُشْتَرِي بِالقَبْضِ وَالتَّغْيِيبِ، إنما قيَّد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب، ولم يكتف بمجرد البيع والشراء؛ لأنهما لا يضمنان بمجرد البيع والشراء؛ لأنهما إنما يضمنان بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد؛ لأنَّهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون، وذلك إنما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء.

قوله: كَالإِذْنِ السَّابِقِ كَمَا فِي المَرْهُونِ، يعني: أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن جاز البيع؛ لأن الإذن في الانتهاء كالإذن في الابتداء.

قوله: وَلَوْ كَانَ المَوْلَى بَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ بِالدَّيْنِ، أي: أعلم البائع المشتري بأن

لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ وَهُوَ حَقُّ الِاسْتِسْعَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ مِنْ رَقَبَتِهِ، وَفِي كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَائِدَةٌ، فَالأَوَّلُ تَامٌّ مُؤَخَّرٌ وَالثَّانِي نَاقِصٌ مُعَجَّلٌ، وَبِالْبَيْعِ تَفُوتُ هَذِهِ الخِيرَةُ فَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ. قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمُ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ لِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ.

هذا العبد الذي أبيعُكه مديون، وفائدة هذا الإعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين، حتى يقع البيع لازمًا فيما بين البائع والمشتري، وإن لم يكن لازمًا في حق الغرماء إذا لم يكن في ثمنه وفاءٌ بديونهم.

قوله: قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمُ الثَّمَنُ، فَإِنْ وَصَلَ وَلا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوا، أي: ليس للغرماء أن يردُّوا، وفي هذا اللفظ نوع نظر؛ إذ كان من حقه أن يقال: وتأويله إذا باع بثمن لا يفي بديونهم، كما هو المذكور في باب جناية العبد من نكاح «الجامع الكبير» لفخر الإسلام، ومأذوني «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الذخيرة»؛ وذلك لأنه إذا لم يكن في البيع محاباة، ولكن الثمن إذا كان لا يفي بديونهم كان لهم أن يردوا البيع، لفوت حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد، وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى، وهو انسداد باب الرد لهم؛ لأنه يحتمل أن لا يفي الثمن بديونهم، وإن لم يكن في البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستيفاء باقي الديون، اللهم إلا أن يريد بقوله: فَإِنْ وَصَلَ وَلا مُحَابَاةَ فِي الْبَيْعِ، رضا الغرماء بأخذهم الثمن، فإنَّهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسدُّ حينئذٍ باب الرد، ولكن احتمال إرادة إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باقٍ، فلا ينتهض ذلك اللفظ حينئذٍ بيانًا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه، وكان المعوَّل ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: تأويله إذا باع بثمن لا يفي بديونهم؛ لأنه كان لهم حق الاستسعاء إلى أن يصل إليهم ديونهم، وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري، فكان لهم أن ينقضوا البيع، وإن كان في الثمن وفاءً بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين بيع العبد الجاني، فإن المولى إذا باع العبد الجاني

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي) مَعْنَاهُ إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ وَهَذَا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْمُشْتَرِي خَصْمُهُمْ وَيَقْضِي لَهُمْ بِدَيْنِهِمْ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا اشْتَرَى دَارًا وَوَهَبَهَا وَسَلَّمَهَا وَغَابَ ثُمَّ حَضَرَ الشَّفِيعُ فَالْمَوْهُوبُ لَهُ لَيْسَ بِخَصْمٍ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ.

بعد العلم بالجناية يصير مختارًا للفداء، وهنا لا يصير المولى مختارًا لقضاء الدين وإن باعه بعد العلم بدينه؟

قلتُ: قد ذكرتُ شيئًا بالإشارة إلى الفرق بينهما عن قريب، ولكن الفرق الواضح هاهنا هو أن الدين واجب في ذمة العبد، بحيث لا يسقط عنه بالإعتاق والبيع حتى يؤاخذ به بعد العتق، فلمَّا كان هو واجبًا على العبد خاصة كان قول المولى: أنا أقضي دينه، عدة بالتبرع فلا يلزمه، بخلاف الجناية؛ لأن موجب جناية العبد الدفع على المولى، وهو واجب على المولى خاصَّة، وإذا تعذَّر عليه الدفع بالإعتاق أو بالبيع يطالَب المولى لبقاء الوجوب الثابت عليه كما كان، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي... عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، خلافًا لأبي يوسف رحمهم الله، أمَّا إذا كان المشتري غائبًا والبائع حاضرًا فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف حتى يحضر المشتري؛ لأن المِلْك واليد للمشتري وإبطال ذلك بدون حضوره لا يمكن، فما لم يبطل مِلْك المشتري لا تكون الرقبة محلًّا لحق الغرماء، إلا أن لهم أن يُضمِّنوا البائع قيمته؛ لأنه بالبيع والتسليم صار مُفوِّتًا محل حقهم، فإذا ضمَّنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع، وإن أجازوا البيع أخذوا الثمن؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء، كذا في «المبسوط».

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا أَنْكَرَ الدَّيْنَ، وإنما قيَّد به؛ لأنه إذا أقرَّ المشتري بدينهم وصدقهم في دعوى الدين، كان للغرماء أن يردوا البيع بلا خلاف، كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله، أي: إذا لم يكن الثمن يفي بديونهم.

وَعَنْهُمَا مِثْلُ قَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ الشُّفْعَةِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَدَّعِي المِلْكَ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ خَصْمًا لِكُلِّ مَنْ يُنَازِعُهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَى تَتَضَمَّنُ فَسْخَ العَقْدِ وَقَدْ قَامَ بِهِمَا فَيَكُونُ الفَسْخُ قَضَاءً عَلَى الغَائِبِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا وَقَالَ أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَاشْتَرَى وَبَاعَ،

قوله: وَعَنْهُمَا مِثْلُ قَوْلِهِ، وهو رواية ابن سماعة عنهما.

قوله: أَنَّهُ يَدَّعِي المِلْكَ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ خَصْمًا لِكُلِّ مَنْ يُنَازِعُهُ، فيما في يده، كرجل ادعى أنَّ العين الذي في يد هذا رهن عنده، فإن ذا اليد يكون خصمًا له، وليس كالبائع إذا كانت الدار في يده أنه لا يكون خصمًا للشفيع؛ لأنه لا يدعي الملك لنفسه حتى لو كانت في يد المشتري فالمشتري يكون خصمًا للشفيع؛ لأنه يدعي الملك لنفسه.

ولهما أنه لا فائدة في جعل المشتري خصمًا؛ لأنَّا لو جعلناه خصمًا في الابتداء حتى تثبت الديون يُؤدي إلى أن لا يكون خصمًا في الانتهاء؛ لأنَّا إذا جعلناه خصمًا لهم ونقضوا البيع عليه لا يمكن أن يباع في ديونهم؛ لأنه يعود إلى ملك البائع وهو غائب وفي بيعه قضاء على الغائب، وذلك لا يجوز، وهذا الطريق يوجب أن تكون مسألة الشفعة على الاختلاف، بخلاف الرهن؛ فإن ثمَّة في جعل ذي اليد خصمًا فائدة؛ لأن الرهن لا يُباع.

ولا يلزم على ما قلنا إذا ادَّعى ملكـًا مطلقـًا، وأنكر صاحب اليد وادَّعى أنه له فإنه يقضي به للمدَّعي، وبعد القضاء يظهر أنه لم يكن مالكـًا؛ لأن ثمَّة في الانتهاء يظهر أنه كان غاصبًا من المدعي، والغاصب يكون خصمًا للمغصوب منه، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والمحبوبي رحمهما الله.

قوله: وَمَنْ قَدِمَ مِصْرًا، - أطلق ولم يقيد بقوله: وإذا قدم عبد مصرًا؛ لأنه لا يعلم كونه عبدًا إلا بقوله، - وَقَالَ أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَاشْتَرَى وَبَاعَ لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِنَ التِّجَارَةِ، وكذا لو لم يقل: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ، ولكنه باع واشترى جازت المبايعة معه.

لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ مِنَ التِّجَارَةِ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَخْبَرَ بِالإِذْنِ فَالإِخْبَارُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، إِذِ الظَّاهِرُ أَنَّ المَحْجُورَ يَجْرِي عَلَى مُوجِبِ حَجْرِهِ وَالعَمَلُ بِالظَّاهِرِ هُوَ الأَصْلُ فِي المُعَامَلاتِ كَيْ لا يَضِيقَ الأَمْرُ عَلَى النَّاسِ، (إِلَّا أَنَّهُ لا يُبَاعُ حَتَّى يَحْضُرَ مَوْلاهُ)؛ لِأَنَّهُ لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّهَا خَالِصُ حَقِّ المَوْلَى، بِخِلَافِ الكَسْبِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وقوله: لَزِمَهُ كُلُّ شَيْءٍ، جواب المسألة، أي: يقبل قوله في الإذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه.

وقوله: وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْ فَتَصَرُّفُهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، أي: فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة، هذا الذي ذكره جواب الاستحسان، وأمَّا جواب القياس فهو أن لا يقبل قوله؛ لأنه أخبر عن شيئين:

أحدهما: أخبر أنه مملوك، وهذا إقرار على نفسه.

والثاني: أخبر أنه مأذون في التجارة، وهذا إقرار على المولى، وإقراره لا يصلح حجة على المولى.

وأمَّا وجه الاستحسان فهو ما ذكر في الكتاب؛ وهذا لأن بالناس حاجة إلى قبول قوله؛ لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد في التجارة، فلو لم يُقبل قول الواحد في المعاملات يحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون في التجارة، فلذلك قبلنا قول الواحد لمكان الحاجة؛ ولأن أمر المسلمين محمول على الصلاح.

قوله: لِأَنَّهُ لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّقَبَةِ، أي: في حق بيع الرقبة؛ لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن في التجارة، ألا ترى أنه إذا أذن المدبَّر وأم الولد ولحقهما الدين فلا يباعان في الدين، وهما مأذون لهما.

قوله: بِخِلَافِ الكَسْبِ؛ فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة.

قوله: لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وهو ما ذكر قبل هذا في وسط كتاب المأذون بقوله:

(فَإِنْ حَضَرَ فَقَالَ هُوَ مَأْذُونٌ بِيعَ فِي الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ المَوْلَى (وَإِنْ قَالَ هُوَ مَحْجُورٌ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالأَصْلِ.

وَيَتَعَلَّقُ دَيْنُهُ بِكَسْبِهِ، إلى أن قال: لِأَنَّ المَوْلَى إِنَّمَا يَخْلُفُهُ فِي المِلْكِ بَعْدَ فَرَاغِهِ عَنْ حَاجَةِ العَبْدِ.

قوله: فَإِنْ حَضَرَ - أي: مولاه - فَقَالَ هُوَ مَأْذُونٌ بِيعَ فِي الدَّيْنِ؛ - أي: إذا لم يقض المولى دينه - لِأَنَّهُ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ المَوْلَى - أي: بقوله: أنه مأذون وحكم المأذون هذا - وَإِنْ قَالَ هُوَ مَحْجُورٌ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وعلى الغرماء البينة؛ لأن دعوى العبد الإذن كدعواه الإعتاق والكتابة، فلا يقبل قوله عند جحود المولى إلا بالبينة، فإن أقام الغرماء البينة على أنه كان أذن له في التجارة حينئذٍ يُباع؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا ولو ثبت الإذن عيانًا تباع رقبته، كذلك هاهنا، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(وَإِذَا أَذِنَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ لِلصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ فَهُوَ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالعَبْدِ المَأْذُونِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ حَتَّى يَنْفُذَ تَصَرُّفُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَنْفُذُ؛

فصلٌ

لمَّا بين أحكام إذن العبد في التجارة، شرع في بيان أحكام إذن الصغير؛ لأنه من باب الإذن في التجارة أيضًا، إلا أنه قدم ذكر إذن العبد لكثرة وقوعه، ولكونه مجمعًا عليه في جوازه، بخلاف إذن الصغير فيهما.

قوله: فَهُوَ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَالعَبْدِ المَأْذُونِ... حَتَّى يَنْفُذَ تَصَرُّفُهُ، وهو ما ذكر في الكتاب بعد هذا بقوله: وَالتَّشْبِيهُ بِالعَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي العَبْدِ مِنَ الأَحْكَامِ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ، حتى أن: تَصَرُّفُهُ لا يَتَقَيَّدُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ، وَيَصِيرُ مَأْذُونًا بِالسُّكُوتِ، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ، إلى آخره.

قوله: إِذَا كَانَ يَعْقِلُ البَيْعَ، قد ذكرنا أن المراد من عقل البيع والشراء هو أن يعرف أن البيع سالبٌ للملك والشراء جالبٌ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش، لا نفس العبارة، فإن كل صبي يتكلَّم إذا لُقن البيع والشراء يتلقنه، كذا في «المغني».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَنْفُذُ، وأصل الخلاف بيننا وبينه في أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما يتردد بين المنفعة والمضرة، وعنده غير صالحة، حتى لو توكَّل بالتصرف عن الغير نفذ تصرفه عندنا، ولم ينفذ عنده، كذا في «المبسوط».

لِأَنَّ حَجْرَهُ لِصِبَاهُ فَيَبْقَى بِبَقَائِهِ، وَلِأَنَّهُ مُوَلًّى عَلَيْهِ حَتَّى يَمْلِكَ الوَلِيُّ التَّصَرُّفَ عَلَيْهِ وَيَمْلِكَ حَجْرَهُ فَلَا يَكُونُ وَالِيًا لِلْمُنَافَاةِ وَصَارَ كَالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ

وذكر في «الأسرار»: وكذلك لو قَبِل الهبة بأمر الولي أو بغير أمره صحَّ عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: باطل كله؛ لأنه محجور عليه شرعًا لصباه.

قوله: لِأَنَّ حَجْرَهُ لِصِبَاهُ فَيَبْقَى بِبَقَائِهِ، أي: فيبقى الحجر ببقاء الصباء، ولا يعمل إذن المولى في الإطلاق في التجارة ما دام الصِّبا فيه باقيًا؛ لقيام علة الحجر وهو الصِّبا.

فإن قلتَ: كيف يصحُّ التعليل للشافعي رحمه الله بهذا مع انتقاض هذا الأصل في العبد انتقاضًا ظاهرًا، فإن لخصمه أن يقول: فلا يلزمنا هذا فإن حجر العبد لرقِّه، ومع ذلك لم يبق هو محجورًا ببقاء الرق، بل صار هو مأذونـًا في التجارة عند إذن المولى له في التجارة بالاتفاق، فلم تعمل علة الحجر هناك عند وجود الإذن، فكذا هنا.

قلتُ: تمامُ هذا التعليل فيما ذكره من «المبسوط»، وهذا بعضٌ منه وبتكميله يتم التعليل، يعني: أن ما به كان الصبيُّ محجورًا عليه لم يزل بالإذن، فإن الحجر عليه لأجل الصبا، أو لنقصان عقله، لا لحق الغير في ماله؛ إذ لا حق لأحد في ماله، وهذا المعنى بعد الإذن قائم، بخلاف العبد فإن الحجر هناك لحق المولى في كسبه ورقبته، وبالإذن صار المولى راضيًا بتصرفه في كسبه، فيصير مأذونـًا، وأمَّا هاهنا فوجود الإذن وعدمه بمنزلة؛ لأنه ليس للمولَى حق في ماله حتى يرتفع حقه بإذنه، فيعمل الصبا عمله على ما كان وهو الحجر.

وحاصله: أنه يدَّعي الحجر في الصبي لذاته وهو الصبا لا لغيره، وفي العبد لغيره وهو حق المولى، فيرتفع الحجر في العبد لارتفاع ذلك الغير، وفي الصبيِّ لمَّا كان الحجر لذات الصبا لا يرتفع الحجر عنه ما لم يرتفع عنه الصبا.

قوله: فَلَا يَكُونُ وَالِيًا لِلْمُنَافَاةِ؛ لأن كونه موليًا عليه سمة العجز، وكونه واليًا آية القدرة، وبين القدرة والعجز منافاة.

قوله: بِخِلَافِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، أي: الصوم النفل، والصلاة النفل حيث يصحان منه.

وَالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ لا يُقَامُ بِالوَلِيِّ، وَكَذَا الوَصِيَّةُ عَلَى أَصْلِهِ فَتَحَقَّقَتِ الضَّرُورَةُ

قوله: وَكَذَا الوَصِيَّةُ عَلَى أَصْلِهِ، أي: قلتُ بصحة وصيته في أبواب الخير على أصل، ومن أصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه، وما يتحقق من الولي فلا تصح مباشرة الصبي فيه بنفسه؛ لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة، والضرورة تندفع فيما يتصرف فيه الولي.

وذكر في «المبسوط» في تعليل الشافعي رحمه الله: أن اعتبار عقله مع النقصان لأجل الضرورة، وإنما تتحقق هذه الضرورة فيما لا يمكن تحصيله بوليه، فجعلت عقله في ذلك معتبَرًا، ولهذا صححت منه الوصية بأعمال البر، وخِيَرته بين الأبوين، ولا تتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله له بوليه، ولهذا لم يصح إسلامه بنفسه، ثم مقصود هذه التصرفات تحصل له بوليّه فلا حاجة إلى اعتبار عقله فيه.

وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦]، والابتلاء: هو الامتحان بالإذن له في التجارة ليُعرف رشده وصلاحه، وبالاستيصاف بدون مباشرته لا يتم معنى الابتلاء، ثم علق إلزام دفع المال إليه بالبلوغ، وذلك عبارة عن زوال ولاية الولي عنه، وبه نقول: أن ذلك لا يثبت ما لم يبلغ.

وقال الله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰٓ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء: ٢]، واسم اليتيم حقيقة يتناول الصغير، فعرفنا أن دفع المال إليه وتمكينه من التصرفات جائز إذا صار عاقلًا، والمعنى فيه أنه محجور أذن له وليّه فينفذ تصرفه كالعبد؛ وهذا لأنه مع الصغر أهلٌ للتصرف إذا كان عاقلاً؛ لأنه مميز، والأهلية للتصرف بكونه متكلماً عن تمييز وبيان، لا عن تلقين وهذيان؛ وهذا لأن الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار، فإن الصبا سبب للمرحمة، واعتبار كلامه في التصرف محض منفعة؛ لأن الآدمي باين سائر الحيوانات بالبيان، وهو من أعظم المنافع عند العقلاء، وهذه منفعة لا يمكن تحصيلها له برأي المولى، فيجيب أن يعتبر.

فإن قلتَ: ما جوابنا عمَّا تعلق به الشافعي رحمه الله من الكتاب والمسائل، أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا﴾ [النساء: ٦]، فقد شرطَ البلوغ

إِلَى تَنْفِيذِهِ مِنْهُ. أَمَّا بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فَيَتَوَلَّاهُ الوَلِيُّ فَلَا ضَرُورَةَ هَاهُنَا.

وإيناس الرشد لجواز دفع المال إليه، وتمكينه من التصرف فيه، فدلَّ أنه ليس بأهل للتصرف قبل ذلك، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، والمراد به الصبيان والمجانين أنه لا يدفع إليهم أموالهم، بدليل قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾ [النساء: ٥].

وأمَّا المسائل: فإن الصبي إذا باع أو اشترى ثم بلغ فأجاز لم يجز، ولو صحَّ كلامه لتوقف كالعبد يتزوج ثم يعتق فإنه يصح، وكذلك إذا أذن الأب لو صحَّ في حقه لتملَّك الإقرار عليه بالدين كما يملكه في حق العبد، ولمَّا لم يملك الولي الإقرار عليه بالدين استحال أن يملك الصبي المأذون من جهته ما لا يملكه هو بنفسه، وهو الإقرار بالدين، وكذلك عدم وجوب فرائض الطاعات عليه من الصلاة والصوم دليل على أنه في التصرفات ملحق بالصبي غير العامل؛ لأن التصرفات المملوكة لحق الملك فيه مبنية على الخطاب، بخلاف النوافل؛ لما أن في النوافل نفعًا محضًا ولا ينوب الولي عنه فيها، وكانت نظير الوصية على أصلي.

قلتُ: أمَّا الآية الأولى فهو قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]، قد ذكرنا أن فيه بيان إلزام دفع المال إليه بالبلوغ، وذلك عبارة عن زوال ولاية الولي عنه، وكلامنا فيما قبل البلوغ فلا يكون حجة له، بل ما قبل هذه الآية وهو قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ حجة لنا وقد ذكرناه.

وأمَّا الآية الثانية فقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ﴾ هم الدين لا يعقلون، أو المراد النساء، وهو أن الرجل يدفع المال إلى زوجته، ويجعل التصرف فيه إليها، وذلك منهي عنه.

وأمَّا الجواب عن قوله: إذا باع الصبي ثم بلغ فأجاز لم يجز؛ لأن عدم الجواز حين عقد كان؛ لأنه ألحق فيما يلزم بتصرفه بالطفل ما لم يثبت كمال حاله بإذن الولي أو بالبلوغ، فإذا لم يُجزه الولي بقي على النقصان واللحوق بالأطفال، فلا يُقبل الجواز بكمال يحدث من بعد بلوغه؛ لأن اشتراط توقف التصرف لأجل شيءٍ يجب أن يكون ذلك الشيء موجودًا في نفسه، على ما مرَّ في مسائل تصرف الفضولي، وأمَّا إذا جاز الولي جاز؛ لأن الولي موجود

وَلَنَا أَنَّ التَّصَرُّفَ المَشْرُوعَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ عَنْ وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَوَجَبَ تَنْفِيذُهُ عَلَى مَا عُرِفَ تَقْرِيرُهُ فِي الخِلَافِيَّاتِ. وَالصِّبَا سَبَبُ الحَجْرِ لِعَدَمِ الهِدَايَةِ لَا لِذَاتِهِ، وَقَدْ ثَبَتَتْ نَظَرًا إِلَى إِذْنِ الوَلِيِّ، وَبَقَاءُ وِلَايَتِهِ لِنَظَرِ الصَّبِيِّ لِاسْتِيفَاءِ المَصْلَحَةِ

فجاز أن يتوقف تصرف الصبي إلى رأيه، وبإذنه ارتفع الحاجز شرعًا، كما لو تصرف ثم تبيَّن أنه كان بالغًا، بخلاف العبد إذا تزوَّج ثم عتق؛ لأن عدم الجواز كان لحق المولى لا لنقصان فيه، فإذا زال الحق نفذ التصرف.

وأمَّا عدم وجوب فرائض الطاعات مع صحة النوافل منه فمخرج على ما ذكرنا من الأصل، وهو أن الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار؛ لما أن الصبا سبب للمرحمة؛ وذلك لأن في توجه الخطاب إضرارًا به عاجلاً؛ لأنه لو توجَّه عليه الخطاب ثُمَّ لا يؤدي فيخرج ويبقى في وَبَاله، بخلاف النوافل من الصلوات والصيام؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، بل فيه نفع محض لحصول الثواب بفعله وعدم لزومه بشروعه، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَالصِّبَا سَبَبُ الحَجْرِ، جواب عن قول الشافعي رحمه الله وهو **قوله:** لِأَنَّ حَجْرَهُ لِصِبَاهُ.

وقوله: لِعَدَمِ الهِدَايَةِ، أي: في أمور التجارة لا لذاته، فصار هو كالعبد من حيث أن الحجر في كل واحد منهما لمعنًى في غيره لا لمعنى في عينه، ففي العبد لحق المَوْلَى، وفي الصبي لعدم الهداية، فبالإذن يُعلم ضد كل واحد من معنى الحجر فيهما، فيصح تصرف العبد بعد الإذن بالاتفاق، فكذلك في الصبي ينبغي أن يكون كذلك لارتفاع ما يوجب الحجر فيهما بالإذن.

قوله: لَا لِذَاتِهِ، أي: لا لذات الصبي بل لنقصان عقله، فلمَّا أذن له المولى استدل به على أن كامل العقل.

قوله: وَقَدْ ثَبَتَتْ، أي: الهداية.

بِطَرِيقَيْنِ وَاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الحَالِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ؛ لِأَنَّهُ ضَارٌّ مَحْضٌ فَلَمْ يُؤَهَّلْ لَهُ. وَالنَّافِعُ المَحْضُ كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ يُؤَهَّلُ لَهُ قَبْلَ الإِذْنِ، وَالبَيْعُ وَالشِّرَاءُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ فَيُجْعَلُ أَهْلًا لَهُ بَعْدَ الإِذْنِ لا قَبْلَهُ، لكِنْ قَبْلَ الإِذْنِ

قوله: وَبَقَاءُ وِلَايَتِهِ، أي: وبقاء ولاية الوليِّ، وهذا جواب عن قوله: وَلِأَنَّهُ مُوَلًّى عَلَيْهِ، إلى آخره، أو هو جواب لسؤال مقدر وهو أن يقال: لمَّا صار الصبي أهلًا للتصرف بإذن وليه، ينبغي أن لا يبقى وليه وليًّا في التصرف في ماله، حتى لا يملك التصرف في ماله بعد الإذن، وأن لا يبقى الصبي موليًّا عليه لوليِّه، حتى لا يملك الولي حجره بعد الإذن، فأجاب عن الأول بقوله: لِاسْتِيفَاءِ المَصْلَحَةِ بِطَرِيقَيْنِ، أي: بطريق مباشرة الولي في التجارة لأجل الصبي، وبطريق مباشرة الصبي بنفسه منها، وأجاب عن الثاني بقوله: وَاحْتِمَالِ تَبَدُّلِ الحَالِ، يعني: يحتمل أن يتبدل حال الصبي من الهداية إلى الغباوة، ويحتمل أن لا يتبدل من الهداية فبقينا ولاية الولي نظرًا له.

وهذه النكتة بهذا الطريق المذكور في الكتاب مستخرجة ممَّا ذكره الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط»، فقال:

وفيه – أي: وفيما قلنا – توفير المنفعة عليه حين لزم التصرف بانضمام رأي المولى إلى رأيه؛ لأنه يحصل له منفعة التصرف بمباشرته وبمباشرة ولبيه، وذلك أنفع له من أن يُسدَّ أحد البابين، إلا أنَّ نظره في عاقبة الأمر، ووفور عقله متردد قبل بلوغه، فلاعتبار وجوده ظاهرًا يجوز للوليِّ أن يأذن له، ولتوهم القصور فيه تبقى ولاية الولي عليه، ويتمكن من الحجر عليه بعد ذلك وهو كالسفيه، فإن القاضي بعد ما أطلق عنه الحجر إذا أراد أن يحجر عليه جاز ذلك لهذا المعنى.

قوله: وَالبَيْعُ وَالشِّرَاءُ دَائِرٌ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ فَيُجْعَلُ أَهْلًا لَهُ بَعْدَ الإِذْنِ لا قَبْلَهُ، فإن قلتَ: لو صوَّرنا ببيعه وشراءه في النفع المحض بأن باع شيئًا بأضعاف قيمته، أو باع شاة أشرفت على الهلاك بقيمة شاة صحيحة، أو أزيد لا يجوز أيضًا بدون رأي الولي، فلو كان توقف

يَكُونُ مَوْقُوفًا مِنْهُ عَلَى إجَازَةِ الوَلِيِّ لِاحْتِمَالِ وُقُوعِهِ نَظَرًا، وَصِحَّةُ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ، وَذِكْرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ الأَبَ وَالجَدَّ عِنْدَ عَدَمِهِ وَالوَصِيَّ وَالقَاضِي

جواز البيع بسبب التردد بين النفع والضرر ينبغي أن يجوز هنا، لتعينه للنفع كما في قبول الهبة.

قلتُ: العبرة في تمييز التصرف بين الضرر والنفع، والمتردد للوضع لا لاتفاق الحال، فيكون التمييز أيسر علينا، فقبول الهبة في نفسه نفع محض وضعـًا، وهبته ضرر محض، وبيعه وشراؤه متردد في وضعه، لتردُّده بين خاسرٍ ورابح وعدل، فقلنا يتوقف بيعه وشرائه نظرا إلى الأصل لا إلى إنفاق الحال، إلى هذا أشار في «الأسرار».

وقوله: لِاحْتِمَالِ وُقُوعِهِ، متعلق بقوله: يَكُونُ مَوْقُوفًا، أي: إنما توقف تصرفه ولم يرد من أول الأمر؛ لأنه يحتمل أن يقع تصرفه نافعًا له، وقوله: وَصِحَّةِ، بالجر معطوف على: لِاحْتِمَالِ، أي: لصحة تصرفه في نفسه؛ لأنه تصرف صدر من أهله مضافًا إلى محله فكان صحيحًا.

قوله: وَذِكْرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ الأَبَ وَالجَدَّ عِنْدَ عَدَمِهِ وَالوَصِيَّ، والواو هنا ليس للترتيب؛ لأن وصي الأب مُقدَّم على الجد، حتى إذا كان للصغير وصي الأب لا يصح إذن الجد، وحاصله: أن كل من له ولاية التصرف والتجارة في مال الصغير فله ولاية إذنه في التجارة، وكذلك له ولاية إذن عبد الصغير؛ لأن الإذن تجارة معنًى، وهذا الذي ذكره في الابن الصغير.

وأمَّا إذا أذن الأب لابنه الكبير المعتوه في التجارة، فالجواب فيه كالجواب في الصبي: إن كان ممن يعقل البيع والشراء يصح الإذن، وإن كان ممَّن لا يعقل البيع والشراء لا يصح الإذن، وهذا إذا بلغ معتوهًا، فأمَّا إذا بلغ عاقلًا ثم عَتَه فأذن له الأب في التجارة هل يصح إذنه؟ فكان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: لا يصح إذنه قياسًا وهو قول أبي يوسف رحمه الله، ويصح استحسانـًا وهو قول محمد رحمه الله، وهذا بخلاف ما لو عَتَه الأب أو جُنَّ، فإنه لا يثبت للابن ولاية التصرف، وإنما يثبت له ولاية التزويج لا غير؛ لأن ولاية التصرف للقريب في مال القريب إنما تثبت إذا كان الولي كامل الرأي وافر الشفقة، والأب كامل الرأي وافر الشفقة، فيثبت له ولاية التصرف في المال والنفس، فأمَّا إذا كان كامل الرأي

وَالوَالِي، بِخِلَافِ صَاحِبِ الشُّرَطِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ إِلَيْهِ تَقْلِيدُ القُضَاةِ، وَالشَّرْطُ أَنْ يَعْقِلَ كَوْنَ البَيْعِ سَالِبًا لِلْمِلْكِ جَالِبًا لِلرِّبْحِ، وَالتَّشْبِيهُ بِالعَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي العَبْدِ مِنَ الأَحْكَامِ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ فَكُّ الحَجْرِ وَالمَأْذُونُ يَتَصَرَّفُ بِأَهْلِيَّةِ نَفْسِهِ عَبْدًا كَانَ أَوْ صَبِيًّا، فَلَا يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُهُ بِنَوْعٍ دُونَ نَوْعٍ. وَيَصِيرُ مَأْذُونًا

قاصر الشفقة تثبت له الولاية في النفس ولم تثبت في المال كالأخ، هذا كله من «الذخيرة».

الشُّرْطَةُ: بالسكون والحركة، خيار الجُند، وأول كتيبة تحضر الحرب، والجمع: شُرَط، وصاحبُ الشُّرطة: يراد به أمير البلدة، كأمير بُخارى، كذا في «المغرب»، فكان الولي أكبر من صاحب الشُّرط؛ لأن للوالي ولاية تقليد القضاء، فلذلك ثبتت ولاية إذن الصبي للوالي دون صاحب الشُّرط.

وذكر في «المبسوط» ترتيب ولي الصبي فقال: ثم صحة الإذن له من وليِّه، ووليُّه أبوه، ثم وصيُّ الأب، ثم الجد أبُ الأب، ثم وصيُّه، ثم القاضي، أو وصيُّ القاضي، فأما الأم أو وصي الأم فلا يصح منهم الإذن له في التجارة؛ لأنه غير ولي له في التصرفات مطلقاً، بل هو كالأجنبيِّ إلا فيما يرجع إلى حفظه، ولهذا لا يملك بيع عقاره، والإذن في التجارة ليس من الحفظ فلهذا لايملكه.

فإن قيل: أليسَ أن وصي الأم لو باع العروض التي ورثها الصغير من الأم يجوز؟

قلنا: إنما جاز بطريق التحصين والحفظ على الأم الميتة وعلى الصغير، لا لأنه تجارة، حتى لو اشترى شيئاً آخر لليتيم لا يجوز، وليس في الإذن تحصين وحفظ، هكذا ذكر السؤال والجواب في «الذخيرة».

قوله: وَالتَّشْبِيهُ بِالعَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ يُفِيدُ أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي العَبْدِ مِنَ الأَحْكَامِ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ، حتى أن الصبيَّ المأذون لو اشترى عبدًا فأذن له في التجارة فهو جائز؛ لأن الإذن في التجارة من صنيع التجار، ولهذا صحَّ من العبد المأذون فكذلك من الصبي المأذون.

فإن قلتَ: كيف يستقيم تعميم **قوله: أَنَّ مَا يَثْبُتُ فِي العَبْدِ مِنَ الأَحْكَامِ يَثْبُتُ فِي حَقِّ**

بِالسُّكُوتِ كَمَا فِي العَبْدِ. وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ، وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ

الصبي المأذون مع التخلف في بعضها، وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله، والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون، وإن كان عليه دين يحيط بماله، والرواية في «المبسوط».

قلتُ: الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في انحجار المَوْلى، وعدم انحجار الولي في المال، وما ذكرنا في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله، وتصرف الصبي في ماله، فلا يرد نقضًا لاختلاف المتصرفين.

والثاني: هو ما ذكره في «المبسوط»: وإنما يملك الأب أو الوصي التصرف في مال الصبي، سواء كان على الصبي دين أو لا؛ لأن دين الحر في ذمته لا تعلُّق له بماله، بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه، ويصير المولى من التصرف كأجنبيٍّ آخر إذا كان الدين مستغرقًا.

قوله: وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ مِنْ كَسْبِهِ، ذكره بطريق التعميم ليتناول العين والدين، ويتناول كل المقرِّ له، فإن الصبي المأذون إذا أقرَّ بعد إذن الولي له بعين، أو دين له، أو لغيره صحيح؛ لأنه صار منفك الحجر عنه بالإذن، فهو كما لو صار منفك الحجر عنه بالبلوغ.

فإن قلتَ: الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة، ثم إقرار الولي عليه باطل، فكيف يستفيد هو بإذن الولي ما لم يملك الولي مباشرته؟

قلتُ: قد ذكرتُ هذه الشبهة وجوابها في ضمن غيرها، والتحقيق فيه: هو أن الولي إنما لا يملك مباشرته؛ لأنه لا يتحقق منه؛ لأن الإقرار قول من المرء على نفسه، وما ثبتَ على الغير بقوله فهو شهادة، وإقرار الوليِّ على الصغير قولٌ على الغير فيكون شهادة، وشهادة الفرد لا تكون حجةً، وأمَّا قوله بعد الإذن فهو إقرارٌ منه على نفسه، وهو من صنيع التجار، وممَّا لا تتم التجارة إلا به؛ لأن الناس إذا علموا أن إقراره لا يصح يتحرَّزون عن معاملته، فمن يعامله لا يتمكن من أن يُشهد عليه شاهدين في كل تصرف، فلهذا جاز إقراره لغيره.

قوله: وَكَذَا بِمَوْرُوثِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، أي: يصح إقرار الصبي المأذون بما ورثَ من أبيه،

فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، كَمَا يَصِحُّ إِقْرَارُ العَبْدِ وَلا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ وَلا كِتَابَتِهِ كَمَا فِي العَبْدِ وَالمَعْتُوهِ الَّذِي يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ بِمَنْزِلَةِ الصَّبِيِّ يَصِيرُ مَأْذُونًا

أو غيره لغيره.

وقوله: فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله بأنه لا يجوز إقراره فيما ورثه؛ لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته إلى ذلك في التجارة، وهي أن لا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة، وهذه الحاجة تنعدم في الموروث.

وجه ظاهر الرواية أن انفكاك الحجر عنه بالإذن في حكم إقراره، بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ، بدليل صحة إقراره فيما اكتسبه فكذلك فيما ورثه؛ لأن كل واحد من المالين ملكه، وهو فارغ عن حق الغير؛ وهذا لأنه لمَّا انضم رأي الولي إلى رأيه التحق هو بالبالغ، ولهذا نفذ أبو حنيفة رحمه الله تصرفه بعد الإذن بالغبن الفاحش، فكذلك في حق الإقرار يلتحق بالبالغ.

قوله: وَلا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ عَبْدِهِ، قيَّد بالعبد؛ لأن في عدم جواز تزويج العبد إجماعًا، وأمَّا تزويج أمته ففيه خلاف أبي يوسف رحمه الله، وأمَّا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فكما لا يملك الصبي المأذون تزويج عبده، فكذلك لا يملك تزويج أمته، وعند أبي يوسف رحمه الله يملك تزويج أمته.

قوله: وَلا كِتَابَتِهِ كَمَا فِي العَبْدِ، يعني: كما لا يملك العبد المأذون كتابة العبد الذي اشتراه، فكذلك الصبي المأذون؛ وذلك لأن كل واحد منهما ينفك الحجر عنه في التجارة، والكتابة ليست من عقود التجارة فلا يملك الكتابة.

فإن قيل: كل ما يملكه الأب والوصي من التصرف في مال الصبي يملكه الصبي بعد الإذن، بل ما يملكه الصبي بعد الإذن أكثر، حتى أن الصبي المأذون يملك الإقرار على نفسه في ماله، والأب والوصي لا يملكانه على ما مرَّ، ثم الأب والوصي يملكان الكتابة في عبد الصبي، فكان ينبغي أن يملكها الصبيُّ بعد الإذن أيضًا.

بِإِذْنِ الأَبِ وَالجَدِّ وَالوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّبِيِّ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

قلنا: إنما يملك الأب والوصيُّ ذلك؛ لأن تصرفهما مقيَّد بشرط النظر، ويتحقق في الكتابة النظر، وأمَّا تصرف الصبيِّ بعد الإذن مقيَّد بالتجارة، والكتابة ليست بتجارة، والجواب عن الإقرار قد مرَّ آنفًا.

قوله: بِإِذْنِ الأَبِ وَالجَدِّ وَالوَصِيِّ دُونَ غَيْرِهِمْ، أي: من الأقارب كالابن المعتوه، والأخ، والعم، وإنما قيَّدنا بقولنا: من الأقارب؛ لأن للقاضي ولاية في إذن المعتوه.

قوله: عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: وَذِكْرُ الوَلِيِّ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ الأَبَ وَالجَدَّ، إلى آخره، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

تمَّ المجلد التاسع من «النِّهاية في شرح الهداية»،

ويتلوه المجلد العاشر، في أوله (كتاب الغصب).

فهرس المحتويات

في المجلَّد التاسع من «النِّهاية في شرح الهداية»

كتابُ الوديعة

كتابُ العارية

كتابُ الهبة

كتابُ الإجارات

كتابُ المكاتب

كتابُ الولاء

كتابُ الإكراه

كتابُ الحجر

كتابُ المأذون

تمّ الفهرس